Probleme der Unterschlagung

Elisabeth Lamprecht

1962

Probleme der Unterschlagung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

UNIV. MÜNCHEN

vorgelegt von

Elisabeth Lamprecht

München 1961

A. Schubert, München 5, Corneliusstr. 21 · Telefon 221777

Referent: Prof.Dr.jur.Dr.med.h.c.K.ENGISCH
Correferent: Prof.Dr.jur.R.MAURACH

Tag der mündlichen Prüfung: 29.Juli 1962

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht

		Seite
Literaturverzeichnis		III
Einleitung:	Abgrenzung der zu untersuchenden Probleme.	1
	I. Abschnitt:	
	Die Unterschlagung eigener Sachen	
1. Kapitel:	Erläuterung des Problems.	3
2. Kapitel:	Umfassende Enumeration der problematischen Tatbestände.	4
3. Kapitel:	Lösungsversuche des Problems im Rahmen des Unterschlagungstatbestands.	16
4. Kapitel:	Lösungsversuche im Rahmen anderer Tatbestände und Feststellung der Lücken im geltenden Strafgesetz.	27
5. Kapitel:	Die Problematik und der neue Strafrechtsentwurf.	36
6. Kapitel:	Die Problematik und die früheren Entwürfe eines Untreuetatbestands.	43
7. Kapitel:	Konsequenzen des Lösungsvorschlags.	52
	II. Abschnitt:	
	Die Unterschlagung mit Ersatzabsicht	
1. Kapitel:	Die Problematik.	54
2. Kapitel:	Lösungsversuche des Problems in der Gesetzgebung und in der Literatur.	57
3. Kapitel:	Die Tatbestandsmäßigkeit des § 246 StGB bei Aneignung mit Ersatzabsicht.	65
4. Kapitel:	Die Rechtswidrigkeit bei Aneignung mit Ersatzabsicht.	69

Seite

5. Kapitel: Die Schuld bei Aneignung fremder Sachen mit Ersatzabsicht. 81

6. Kapitel: Untersuchung über die Bonität des geltenden Unterschlagungstatbestands im Hinblick auf die Aneignung mit Ersatzabsicht. 86

7. Kapitel: Die Problematik bei der Amtsunterschlagung. 87

Schluß: Zusammenfassung der Hauptergebnisse. 9o

Literaturverzeichnis

I. Kommentare und Lehrbücher.

A. Kommentare.

F r a n k : Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage 1931.

k o h l r a u s c h - L a n g e : Kommentar zum Strafgesetzbuch, 42. Auflage 1959.

L e i p z i g e r Kommentar: herausgegeben von Jagusch, Mezger u.a., 8. Auflage 1957/58.

O e r t m a n n : Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 1910.

O l s h a u s e n : Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 7. Auflage 1905/06.

S c h ö n k e - S c h r ö d e r : Kommentar zum Strafgebuch, 10. Auflage 1961.

S c h w a r z : Kommentar zum Strafgesetzbuch, 22. Auflage, 1959.

B. Lehrbücher.

B a u m a n n : Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1961.

B e r n e r : Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Auflage 1898.

B i n d i n g : Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 1. Band, 2. Auflage 1902.

von H i p p e l : Lehrbuch des Strafrechts 1932.

von L i s z t : Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 22. Auflage 1919.

M a u r a c h : Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1958.

M a u r a c h : Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage 1959.

M a y e r Hellmuth: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953.

M e y e r Hugo: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 7. Auflage 1912.

M e z g e r : Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Auflage 1949.

M e z g e r : Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, 1957.

M e z g e r : Strafrecht II, Besonderer Teil, 6. Auflage, 1958.

N i e t h a m m e r : Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts, 1950.

O p p e n h o f f : Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 14. Auflage 1901.

S a u e r : System des Strafrechts, Besonderer Teil, 1954.

W e l z e l : Das Deutsche Strafrecht, 6. Auflage 1958.

W e s t e r m a n n : Sachenrecht, 4. Auflage 1960.

W i n d s c h e i d : Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Auflage 1891.

II. Materialien.
(zeitlich geordnet)

Motive zum Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund, 1869.

Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1909.

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs von 1909, 1911.

Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission, 1913.

Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums, 1920.

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, 1925.

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, 1927.

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, 1930.

Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs, 1936.

Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs, 1939.

A s c h r o t t und v. L i s z t : Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, 1910.

A s c h r o t t und K o h l r a u s c h : Kritische Besprechung des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, 1926.

Materialien zur Strafrechtsreform, 1o Bände, 1954 - 1959.

Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 14 Bände, 1956 - 196o.

Niederschrift über die 1. Arbeitstagung der II. Unterkommission der Großen Strafrechtskommission zum Thema "Diebstahl, Unterschlagung und Sachentziehung", 1957, Umdruck V 7.

Niederschrift über die 3. Arbeitstagung der II. Unterkommission der Großen Strafrechtskommission zum Thema "Untreue", 1957, Umdruck V 35.

Fassungsvorschläge und Leitsätze der Großen Strafrechtskommission zu den Themen "Diebstahl, Unterschlagung, Raub", 1956, Umdruck R 87.

Fassungsvorschläge und Leitsätze der Großen Strafrechtskommission zum Thema "Untreue", 1957, Umdruck R 121.

III. Monographien.

C a r t i e r : Der objektive Tatbestand der strafbaren "Untreue", Berner Dissertation 19o2.

D r a h e i m : Untreue und Unterschlagung (in Strafrechtliche Abhandlungen, begründet von Bennecke, Heft 39, 19o1).

E b e n e r : Die Untreue und ihr Verhältnis zur Unterschlagung, Leipziger Dissertation 1932.

F i n g e r : Die Veruntreuung von Baarkautionen, 189o.

G e e r d s : Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, Kieler Dissertation 1953.

G e l l e r : Die Unterschlagung an vertretbaren Sachen § 246 des Reichsstrafgesetzbuchs, Heidelberger Dissertation 1914.

G l e i s p a c h : Die Veruntreuung vertretbarer Sachen, I. Teil, 19o5.

H ö p f n e r : Diebstahl und Unterschlagung im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 191o.

H u b e r : Die Unterschlagung, 1875.

K a p p f : Die Unterschlagung, Tübinger Dissertation, 1879.

K r e b s : Über den Begriff der Zueignung bei Diebstahl und Unterschlagung, Breslauer Diss. 1915.

L e ß : Die Unterschlagung, Dissertation der Universität Münster, 1936.

L i n d e n a u : Die Unterschlagung an barem Gelde nach deutschem Reichsstrafrecht, Rostocker Dissertation 1894.

M a y e r Hellmuth: Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen, 1926.

von M o r e n h o f f e n : Die mutmaßliche Einwilligung, Marburger Dissertation 193o.

N i e m e y e r : Depositum irregulare, 1891.

N o l l : Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955.

P o s t : Der Anwendungsbereich des Unterschlagungstatbestands, 1956 (abgedruckt in Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen).

P u s i n e l l i : Das Verhältnis von Amtsunterschlagung zu einfacher Unterschlagung, Münchner Dissertation 1961.

von S t e m a n n : Die Vergehen der Unterschlagung und Untreue, 187o.

T h o d e : Die sogenannte Unterschlagung vertretbarer Sachen, 1926.

W r e d e : Die Untreue, Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 73, 1939.

Z i e t h e n: Die Unterschlagung an vertretbaren Sachen, Freiberger Dissertation 19oo.

IV. Zeitschriften.

Blätter für Rechtsanwendung, 72. Band, S. 634, G o l d b e r g e r , Zur Lehre von der Vermengung des Geldes nach BGB.

Deutsche Justiz = DJ, vor allem A r n d t , Die mutmaßliche Einwilligung, DJ 1934/535.

Deutsches Strafrecht = DStR

Goltdammers Archiv für preußisches Strafrecht = GA

F u c h s : Kritische Erörterung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen V, Unterschlagung, Band 32, S. 161 ff.

G e s s l e r : Über die Unterschlagung an vertretbaren Gegenständen, Band 1o, S. 598 ff.

H ä l s c h n e r : Beiträge zur Lehre vom Tatbestand der Unterschlagung, Band 15, S. 1 ff.

K ö s t l i n : Die Lehre von der Unterschlagung, Band 4, S. 45 ff.

S c h w a r z e : Die Unterschlagung an vertretbaren Sachen, insbesondere an Geldstücken, Band 7, S. 289 ff.

Höchstrichterliche Rechtsprechung = HRR

Juristenzeitung = JZ, vor allem JZ 19o9, in der verschiedene Stellungnahmen zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuchs abgedruckt sind.

Juristische Wochenschrift = JW, vor allem H o f f m a n n, Nochmals Diebstahl und Unterschlagung im neuen Strafrecht, JW 1934/535.

Monatsschrift für Deutsches Recht = MDR

Neue Juristische Wochenschrift = NJW

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft = ZStW, vor allem E n g i s c h, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, Band 7o, S. 566 ff.

V. Entscheidungssammlungen.

Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen = BGHSt.

Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen = BGHZ

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen = RGSt.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen = RGZ

Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von L i n d e n m a i e r - M ö h r i n g = LM

O p p e n h o f f : Die Rechtsprechung des Königlichen Obertribunals in Strafsachen.

E I N L E I T U N G

Abgrenzung der zu untersuchenden Probleme.

Der Tatbestand der Unterschlagung ist seit 1870 keiner Änderung mehr unterlegen. Aus dem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund wurde er 1871 in das Reichsstrafgesetzbuch übernommen. Seine Fassung hat viele Bewunderer gefunden[1]. Größer ist aber die Zahl der Kritiker[2], die feststellten, daß der Unterschlagungstatbestand oft zu willkürlichen Ergebnissen führe, die dem natürlichen Rechtsgefühl des Volkes widersprächen. Die Unzulänglichkeit des § 246 StGB drückt sich auch darin aus, daß jeder Gesetzesentwurf zur Reformierung des Strafrechts eine neue Fassung vorschlug. Und trotz der vielen Auseinandersetzungen mit § 246 StGB bekennt in den Beratungen der Großen Strafrechtskommission zum Entwurf eines neuen Strafgesetzbuchs Lange[3]: "Ich persönlich kann allerdings auch keinen befriedigenden Lösungsvorschlag machen. Wahrscheinlich

---

1) Huber, Die Unterschlagung (Neresheim 1875), S. 41, findet, die Fassung des § 246 StGB stehe ganz auf der Höhe der neuesten Forschungen und entspreche den Anforderungen des Lebens.
Weiter stellt Cartier, Der objektive Tatbestand der strafbaren Untreue (Berner Dissertation 1902), S. 155 ff. die Behauptung auf, daß das deutsche Strafgesetz im § 246 StGB einen Tatbestand geschaffen habe, der in seiner Art vorbildlich genannt werden dürfe, dergestalt, daß jede Neuerung, die mit der Prätention auftrete, etwas Besseres an seine Stelle zu setzen, notwendig einem Rückschritt gleichkomme.

2) Vgl. für viele Gleispach, Die Veruntreuung an vertretbaren Sachen.
Thode, Die sogenannte Unterschlagung vertretbarer Sachen.
H. Mayer, Die Untreue.

3) Abgedruckt in Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 6.Band, S.57.

wird man nur durch gewagte zivilrechtliche Konstruktionen helfen können."

Die vorliegende Dissertation will sich daher nochmals mit zwei Problemkreisen auseinandersetzen:

a) mit den Fällen, in denen der Tatbestand der Unterschlagung zu eng empfunden wird, weil eine Bestrafung mangels Vorliegens einer fremden Sache ausscheidet, und

b) mit den Fällen, in denen die Aneignung mit Ersatzabsicht erfolgt und die zum Teil nicht strafwürdig erscheinen.

In der Literatur wurden diese Fälle immer wieder als Problem der Unterschlagung von vertretbaren Sachen, insbesondere von Geld behandelt[1].

Da es sich jedoch um völlig verschiedene Problemkreise handelt, sind sie unabhängig voneinander zu untersuchen.

---

1) Vgl. Gleispach, a.a.O.
Schwarze, Die Unterschlagung an vertretbaren Sachen, insbesondere an Geldstücken.
Gessler, Über die Unterschlagung an vertretbaren Gegenständen.

I. A B S C H N I T T

Die Unterschlagung eigener Sachen.

1. Kapitel: Erläuterung des Problems.

Dem Laien wird es zunächst sonderbar erscheinen, daß die Veruntreuung eigener Sachen ein strafrechtliches Problem sein soll. Mit seinem Eigentum muß man doch machen können, was man will, wird er einwenden. Aber schon an zwei Fällen kann man zeigen, daß kriminalpolitisch gleich zu wertende Fälle wegen der zivilrechtlichen Frage des Eigentumsübergangs eine unterschiedliche strafrechtliche Beurteilung erfahren.

Im ersten Fall bittet A den B, ein Schmuckstück bei dem ihm bekannten Juwelier in seinem Namen zu verkaufen. Da dem Juwelier das Vertretungsverhältnis bekannt ist, geht er ebenso wie B von der Voraussetzung aus, daß der diesem übergebene Kaufpreis Eigentum des A werden soll. Entschließt sich nun B das Geld für sich zu verbrauchen, macht er sich der Unterschlagung schuldig.

Im zweiten Fall bittet A den B, der mit einem Juwelier befreundet ist, diesen doch zu bewegen, ihm ein Schmuckstück des A abzukaufen. B soll von dem Vertretungsverhältnis nichts verraten, da A glaubt, daß der Juwelier nur seinem Freunde B den Gefallen tun werde, das Schmuckstück abzunehmen. Kauft der Juwelier das Schmuckstück, will er B und niemand anderem den Kaufpreis übereignen. B wird daher Eigentümer des Geldes, auch wenn er für A das Eigentum erwerben will (§164 Abs.2 BGB). Faßt jetzt B den Entschluß, das Geld für sich zu verbrauchen, so kann er nicht wegen Unterschlagung verurteilt werden. § 246 StGB fordert

als Deliktsobjekt eine fremde Sache. Nach heute einhelliger Meinung ist darunter eine Sache zu verstehen, die im Zeitpunkt der Tat sich im Eigentum eines anderen als des Täters befindet[1]. Das Merkmal der Fremdheit bestimmt sich also grundsätzlich nach bürgerlichem Recht.

2. Kapitel:

Umfassende Enumeration der problematischen Tatbestände.

Um festzustellen, welche Möglichkeiten es gibt, das aufgezeigte Problem zu lösen, muß zunächst geklärt werden, bei welchen Tatbeständen die Regelung des § 246 StGB unzureichend erscheint, wer in diesen Fällen schutzwürdig ist und welches Rechtsgut verletzt ist.

Als strafwürdig wird die Veruntreuung eigener Sachen dann empfunden, wenn die Sache nur rechtlich dem Veruntreuer zusteht, wirtschaftlich aber zum Vermögen eines anderen gehört, dem obligatorisch die alleinige Verfügungsbefugnis zusteht[2].

So gehört das Darlehen grundsätzlich[3] rechtlich und wirtschaftlich für die Zeit der Darlehenshingabe dem Darlehensnehmer; denn es ist ihm vom Darlehensgeber zur alleinigen Verfügung für diese Zeit überlassen worden. Nicht dagegen gehört das dem Einkaufskommissionär zum Einkauf übereignete Geld auch wirtschaftlich zu dessen Vermögen; denn er ist schuldrechtlich verpflichtet, nur

---

1) Vgl. für viele Schönke-Schröder, Komm. zum StGB § 246 Anm. III/1.
Maurach II § 27 II A 2.
Leipz. Komm. Vorb. III zu § 242.

2) Gleispach, a.a.O. S. 198.

3) Etwas anderes kann für zweckgebundene Kredite gelten.

nach dem Willen des Auftraggebers zu handeln.
Thode[1] führt nun als strafwürdige Fälle der Veruntreuung eigener Sachen folgende an:

1.) Die Unterschlagung durch den stillen Stellvertreter, auf den Eigentum übertragen wurde, weil weder ein Geschäft für den es angeht, noch ein antizipiertes Besitzkonstitut vorlag. Der Stellvertretene kann bei der stillen Stellvertretung den Eigentumsübergang auf den Stellvertreter (§§ 929, 164 Abs.2 BGB) nicht verhindern. Eine besondere Ausprägung der stillen Stellvertretung sind die Kommissionsgeschäfte (§§ 383 ff. HGB), und zwar sowohl die Einkaufs- wie die Verkaufskommission. Derartige Fälle sind, wie das oben angeführte Schmuck-Beispiel zeigt, bei vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen möglich.

2.) In der nächsten Gruppe von Fällen überträgt der Berechtigte selbst einem Treuhänder das Eigentum in der Überzeugung, der Treuhänder werde es nur mit Rücksicht auf sein (des Übergebers) Interesse benutzen[2].
Hierher gehören die fiduziarischen Übereignungen, wie das heute immer üblicher werdende Sicherungseigentum. Das Konkursrecht hat dafür einen wirtschaftlichen Eigentumsbegriff entwickelt, um die Stellung des Sicherungsnehmers nicht zu stark werden zu lassen[3].
Für das Strafrecht muß jedoch eine Spaltung des Eigen-

---

1) A.a.O. S. 12 ff.
2) Thode, a.a.O. S. 14
3) Vgl. RGZ 124/75

tumsbegriffs aus den oben aufgeführten Gründen abgelehnt werden[1], sodaß der Sicherungsnehmer, der das Sicherungsgut, das er zwar in der Regel nicht im Gewahrsam haben wird, veruntreut, nicht wegen Unterschlagung zu bestrafen ist. Das gleiche gilt für das uneigennützige Treuhandseigentum[2].

Auch die Sicherungsübereignung ist sowohl bei vertretbaren wie nicht vertretbaren Sachen möglich.

Weiter gehören in diese Gruppe die Fälle, in denen beim depositum irregulare nach § 700 BGB, d.h. bei der Hinterlegung vertretbarer Sachen unter Eigentumsübergang und der Verpflichtung des Verwahrers, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, der Verwahrende die Sachen ohne Rückgewährsabsicht verwertet; denn der Hinterleger ist ja nur bei Erstattungsabsicht damit einverstanden[3]. Niemeyer bezeichnet das depositum irregulare als Verwahrung eines Wertes, nicht einer Sache.

Auch bei der Hingabe von Kautionen wird im Zweifel ein depositum irregulare nach § 700 BGB und damit der Eigentumserwerb des Kautionsnehmers angenommen, sodaß der unbefugte Verbrauch der Kaution durch diesen als bloßer Vertragsbruch straflos ist[4].

Maurach[5] sagt dazu: "Eine dogmatisch einwandfreie,

---

1) RGSt 61/343.

2) Vgl. zu diesen Problemen ausführlich: Baumann, Der strafrechtliche Schutz bei den Sicherungsrechten des modernen Wirtschaftsverkehrs.

3) Vgl. Thode, a.a.O. S. 15.
Niemeyer, Depositum irregulare, 1889, S. 157.

4) RGSt 64/88.

5) Besonderer Teil § 27 II A 2 c.

rechtspolitisch sehr unbefriedigende Entscheidung". Thode[1] zeigt nun an einem Beispiel, daß das Gesetz von einer unrichtigen Voraussetzung ausgehe, wenn es den uneigentlichen Verwahrungsvertrag nur bei vertretbaren Sachen für denkbar erachte. Das Beispiel ist folgendes: A will in der Inflationszeit nach Amerika auswandern. Da er nicht weiß, wie es ihm dort gefallen wird und er mit einer Rückkehr rechnet, will er nicht seine ganze Habe verkaufen. Seine beiden Pferde gibt er an B und verabredet mit diesem, daß sie dessen Eigentum werden sollen. Einen Preis soll B nicht bezahlen. Er soll aber verpflichtet sein, wenn A nach Deutschland zurückkehre, dieselben Pferde oder Pferde gleicher Güte zurückzugeben. Dieser Vertrag ist weder Leihe noch Tausch, sondern eine Werthinterlegung nicht vertretbarer Sachen.

3.) Auch die Vermischung, die bei den problematischen Fällen zu untersuchen ist, ist zwar eine Erscheinung, die bei der "Zusammenlegung" vertretbarer Sachen fast immer eintritt, aber auch bei nicht vertretbaren Sachen möglich ist. Wieder ein Beispiel Thodes[2]:
Zwei Freunde schenken sich gegenseitig genau den gleichen Brillantring. Da Brillantringe nicht nach Zahl, Maß oder Gewicht gehandelt werden, sind sie keine vertretbaren Sachen. Beim Baden geben die Freunde die Ringe dem Bademeister mit dem Auftrag, sie unterscheidbar aufzubewahren. Der Bademeister vergißt es und legt sie

---

1) A.a.O. S. 17.
2) A.a.O. S. 11.

zusammen, Da keiner der Freunde weiß, welcher Ring ihm gehört, ist Miteigentum entstanden.

Wir unterscheiden nun bei der Vermischung nach §§ 948, 947 BGB zwei Fälle:

a) Ist keine der untrennbar vermischten Sachen als Hauptsache anzusehen, so entsteht Miteigentum der Beteiligten.

b) Ist eine Sache als Hauptsache anzusehen, so erwirbt ihr Eigentümer das Alleineigentum.

Daraus ergeben sich verschiedene Konsequenzen.

Im Fall a) kann derjenige, der das Mischgut sich aneignet, wegen Unterschlagung bestraft werden, da er das Miteigentum des anderen Beteiligten verletzt.

Nach herrschender Meinung[1] liegt jedoch nur dann eine strafbare Zueignung vor, wenn der Täter über einen seinen Anteil an dem Miteigentum übersteigenden Betrag wie über eine eigene Sache verfügt. Die Auseinandersetzung Gleispachs[2] mit diesem Problem ist im wesentlichen zutreffend. Er führt aus, daß nach § 747 BGB zwar die Verfügung über den Anteil erlaubt, im Gesetz jedoch nirgends die Teilung gestattet sei, sodaß es zweifelhaft erscheint, ob eigenmächtige Teilung und Aneignung der Quote "noch auf dem Boden des geltenden Rechts stehe und ob das Rechtsverhältnis dann noch als Miteigentum aufgefaßt werden könne, wenn man diese Modifikationen anerkenne, die bereits an die Quantitätsvindikation anklingen." Er übersieht jedoch, daß der objektive Tat-

---

1) Leipz. Komm. Vorb. § 242 V 2 A/a.
Schwarz § 246 StGB, A 2 A.

2) A.a.O. S. 146.

bestand der Unterschlagung nicht abgelehnt wird. Sämtliche Entscheidungen des RG, die sich mit dieser Frage beschäftigten[1], verneinten den Tatbestand der Unterschlagung nur aus subjektivem Grunde, indem sie eine rechtswidrige Zueignungsabsicht des Täters ablehnten, wenn dieser sich nicht mehr als seinen Anteil am Mischgut zueignete. Diese Konstruktion stellt keine Verletzung des geltenden Rechts dar.

Im Fall b) ist eine Bestrafung des Eigentümers der Hauptsache wegen Unterschlagung jedoch ausgeschlossen. Insoweit ergibt sich eine Lücke.
Es ist allerdings noch zu untersuchen, ob die Vermischung in Zueignungsabsicht den Tatbestand des § 246 StGB erfüllen kann. Verneinendenfalls bestände ein beträchtlicher Anreiz, sich durch Vermischen des eigenen Vermögens mit geringwertigen fremden Gegenständen zu bereichern. Da der Eigentümer der Nebensache sein Eigentum verliert und der Eigentümer der Hauptsache es gewinnt, ist die Zueignung einer fremden beweglichen Sache gegeben. Fraglich ist, ob die Tat rechtswidrig ist. Der Eigentumsübergang ist im Gesetz gewollt und kann daher selbst nicht als rechtswidrig angesehen werden. § 447 Abs.2 BGB bestimmt jedoch nur die Folge der Vermischung, ohne die Handlung selbst zu erlauben. Daher kann die Vermischung in der Absicht, sich zu bereichern, also die Handlung, durchaus als

---

1) RGSt 71/96, 26/439, 56/123. HRR 37/533.

rechtswidrig angesehen[1] und damit Unterschlagung angenommen werden.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß eine Lücke bei der Vermischung nur auftritt, wenn der Eigentümer der Hauptsache nach der Vermischung beschließt, das Mischgut zu behalten.

Zu klären ist jedoch noch, ob dies bei dem häufigsten Fall, der Vermischung von Geld, eintreten kann. Thode[2] und Goldberger[3] halten dies u.a. für möglich. Die herrschende Meinung[4] nimmt jedoch bei bloßem Mengenunterschied die Entstehung von Miteigentum an. Westermann[5] sagt dazu, daß eine enge Auffassung des Begriffs Hauptsache vorzuziehen sei, da das Alleineigentum zwar klare Verhältnisse schaffe, aber den bisherigen Eigentümer gefährde. Dem ist zuzustimmen.

Thode[6] glaubt mit dieser Aufstellung die Lücken im Tatbestand des § 246 StGB vollständig aufgezählt zu haben. Dies trifft jedoch nicht zu.

Wie die Diskussion des amtlichen Entwurfs 1960[7] ergibt, sind vor allem 4 Fälle noch problematisch:

---

1) Lindenau, a.a.O. S. 41.

2) A.a.O. S. 21.

3) Zur Lehre von der Vermengung des Geldes nach BGB, Blätter für Rechtsanwendung 72. Band, S. 634.

4) Palandt § 948 BGB.
Westermann, Sachenrecht 4.Aufl. § 52 II b.

5) A.a.O. § 52 II b.

6) A.a.O. S. 21.

7) Abgedruckt in Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission 6.Band, S. 52.

a) die Fundunterschlagung,

b) die Leichenfledderei,

c) die Unterschlagung durch den mittelbaren Besitzer[1],

d) der Fall, daß einer der Mittäter keinen Gewahrsam an der zu unterschlagenden Sache hat[2].

Diese vier Fälle, die sich unter den wörtlich ausgelegten § 246 StGB nicht konsumieren lassen, haben jedoch mit unserem Problem der Veruntreuung eigener Sachen nichts zu tun. Doch lassen sich auch zur Veruntreuung eigener Sachen noch problematische Fälle finden, wenn auch in der Literatur unter dem Stichwort "Veruntreuung vertretbarer Sachen", unter dem unser Problem behandelt wird, keine weiteren Fälle aufgezählt sind[3].

4.) So kann man hierher noch die Fälle rechnen, in denen jemand aus Versehen mehr übereignet bekommt, als ihm zusteht,und er das "Zuviel" behält, obwohl er erkannt hat, daß er darauf keinen Anspruch hat.

Beispiel: Ein Schuldner glaubt 3ooo.- DM statt 2700.-- DM zu schulden und übersendet den höheren Betrag. Der Gläubiger, den Irrtum erkennend, nimmt den

---

1) A leiht B ein Buch, dieser leiht es weiter an C mit der Angabe, Eigentümer zu sein. Später schenkt B dem C das Buch. C, der gutgläubig ist, erwirbt das Eigentum. B, der sich durch das Verschenken eine dem Eigentümer entsprechende Stellung angemaßt und damit das Buch sich zugeeignet hat, kann wegen Unterschlagung nicht bestraft werden, da er zur Zeit der Tat keinen Gewahrsam an dem Buch hatte.

2) A verwaltet die Kasse des B und läßt den C Geld entwenden.

3) Vgl. Gleispach, a.a.O. S. 135 ff. mit seinen weiteren Literaturangaben in Fußnote 1).

Mehrbetrag an[1].

Da der Übergebende den Eigentumsübertragungswillen hat und der Annehmende den Erwerbswillen, kommt eine Unterschlagung jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn der Erwerbende den Irrtum erst nach der Übereignung merkt, denn dann ist er Eigentümer der Sache.

Das gleiche gilt, wenn jemand aus Versehen zu viel herausgibt; denn im geltenden Recht kennen wir nur die Sach-, nicht die Wertübereignung.

Erkennt der Annehmende aber das "Zuviel" schon im Augenblick des Übereignungsaktes, ist zu prüfen, ob in der Annahme eine rechtswidrige Zueignung liegen kann. Daß der Täter Eigentümer wird, bildet keinen Hinderungsgrund. Auch die Tatsache, daß er den Gewahrsam an der Sache gleichzeitig mit dem Zueignungsakt begründet, steht der Annahme einer Unterschlagung[2] nicht entgegen. Dagegen kann die Aneignung nicht als rechtswidrig angesehen werden, da der, der das Eigentum verliert, den Eigentumsübergang, wenn auch irrtümlich, gewollt hat[3].

Auch dieses Problem ist bei nicht vertretbaren Sachen denkbar. Beispiel: Jemand sucht sich im Laden eine Kette aus, zu der es passende Ohrringe gibt. Der Ladeninhaber, der nicht immer während der Kaufverhandlungen anwesend war, glaubt, daß auch diese gekauft seien, und schickt Kette und Ohrringe dem Kunden zu. Dieser hat

---

1) Mit ähnlichen Fällen setzt sich Fuchs, Goltd. Archiv Band 32, S. 161 ff. auseinander.

2) BGH 4/76.

3) Vgl. RGSt 5/165.

jedoch nur die Kette gekauft und bezahlt. Dennoch behält er die Ohrringe.

5.) Weiter ist noch zu untersuchen, ob bei der Konstruktion des Eigentumsvorbehaltes unser Problem auftauchen kann[1].

Aneignungshandlungen des Vorbehaltsverkäufers, wie eine nochmalige Veräußerung an einen Dritten scheiden als Problem des § 246 StGB jedoch schon deshalb aus, weil der Vorbehaltsverkäufer nicht Gewahrsamsinhaber ist; denn ihm fehlt ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis über die im unmittelbaren Besitz des Vorbehaltskäufers befindliche Sache.

Verfügungen des Vorbehaltskäufers gegen den Willen des Vorbehaltsverkäufers, in denen eine Aneignung erblickt werden kann, fallen dagegen direkt unter § 246 StGB, da ersterer nicht Eigentümer ist.

Dies gilt hinsichtlich der Vorbehaltsware, gleichgültig ob es sich um einen einfachen, erweiterten, weitergeleiteten oder verlängerten Eigentumsvorbehalt handelt.

Beim verlängerten Eigentumsvorbehalt ist die Lage jedoch noch hinsichtlich des Surrogats zu untersuchen.

Im Rechtsleben wurden drei Formen des verlängerten Eigentumsvorbehaltes entwickelt.

a) Der Eigentumsvorbehalt mit sog. Verarbeitungsklausel, d.h. der Vorbehaltskäufer ist unter der Bedingung, daß er dem Vorbehaltsverkäufer das Eigentum an dem

---

1) Über die strafrechtlichen Probleme des Eigentumsvorbehalts im einzelnen vgl. Baumann, a.a.O.

hergestellten Gut verschafft, berechtigt, die Ware zu verarbeiten. Der Eigentumsübergang kann entweder dadurch erfolgen, daß der Käufer für den Verkäufer die neue Sache herstellt - denn Hersteller im Sinne des § 950 BGB ist nicht nur der, der eine Sache selber herstellt, sondern auch der, der für sich herstellen läßt[1]- oder daß durch Einigung und antizipiertes Besitzkonstitut das Arbeitserzeugnis schon vor der Herstellung dem Verkäufer auflösend bedingt übereignet wird. In beiden Fällen tritt unser Problem nicht auf; denn entweder erhält der Vorbehaltsverkäufer das Eigentum am Arbeitsgut, dann ist die strafrechtliche Lage die gleiche wie beim einfachen Eigentumsvorbehalt, oder der Vorbehaltskäufer hält sich nicht an die Abmachung und hat im Augenblick der Verarbeitung nicht mehr den Willen, für den Verkäufer herzustellen oder diesem das Arbeitsgut zu übertragen, dann liegt schon in der Verarbeitung eine rechtswidrige Zueignung und damit eine Unterschlagung; denn die Verarbeitung erfolgt dann gegen den Willen des Eigentümers.

Ein ganz spitzfindiger Hersteller könnte allerdings bei der Eigentumsübertragung durch antizipiertes Besitzkonstitut eine Lücke in dem strafrechtlichen Schutz finden, und zwar indem er behauptet, in der logischen Sekunde, in der beim antizipierten Besitzkonstitut das Eigentum notwendigerweise auf den Übereignenden übergehen muß, den Eigentumsübertragungs-

---

1) Vgl. RGZ 138/88, BGH 14/117

willen aufgegeben zu haben. Dann wäre er Eigentümer des hergestellten Guts geblieben und eine Unterschlagung käme nicht in Frage. Ergäbe sich allerdings, daß der Eigentümer schon vorher den Entschluß gefaßt hätte, in dieser Sekunde den Eigentumsübertragungswillen aufzugeben, würde dieser Entschluß bereits eine Aufgabe des Übertragungswillens darstellen; denn er würde ausdrücken, daß der Hersteller den Eigentumsübergang verhindern möchte. Dann würde jedoch schon wieder die Verarbeitung eine Unterschlagung darstellen.

b) Bei der Verarbeitungsklausel ist der Weiterverkauf der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Sache nur gegen Vorausabtretung der durch den Verkauf erlangten Forderung gestattet. Auch dies ist kein Problem des § 246 StGB, da Forderungen nicht Gegenstand der Unterschlagung sind.

c) Bei der sogenannten Verkaufserlösklausel handelt es sich um die Übereignung der aus dem Weiterverkauf der Vorbehaltsware erlangten Geldstücke durch Einigung und antizipiertes Besitzkonstitut (§§ 929. 930 BGB). Sie ist also nur für Barverkäufe, die im heutigen Wirtschaftsleben sehr selten sind, von Bedeutung. Im Gegensatz zu der Verarbeitung der Vorbehaltsware bei vorausgegangener Einigung und antizipiertem Besitzkonstitut kann bei einem Weiterverkauf der Vorbehaltsware unter der Bedingung, daß der Kaufpreis übereignet werde, unser Problem auftreten, da das schuldrechtliche und das dingliche Geschäft auseinanderfallen können. Der Vorbehaltskäufer kann

> also durchaus bei Abschluß des Kaufvertrags, ja selbst bei Übereignung der Vorbehaltsware noch den Willen haben, dem Vorbehaltsverkäufer den Kaufpreis zu übereignen und damit rechtmäßig über die fremde Ware verfügen. Dann kann er den Eigentumsübertragungswillen jedoch aufgeben, selbst Eigentümer des Kaufpreises werden und damit tun, was er will, ohne wegen Unterschlagung bestraft werden zu können[1].

Damit dürften wohl alle strafwürdig erscheinenden Fälle der Veruntreuung eigener Sachen aufgezählt sein. Als Ergebnis kann festgestellt werden, daß es sich nicht nur um ein Problem der vertretbaren Sachen handelt[2].

3. Kapitel

Lösungsversuche des Problems im Rahmen des Unterschlagungstatbestands.

Mit den oben aufgezeigten Problemen und vor allem mit den willkürlichen Ergebnissen hat sich die Literatur schon immer auseinandergesetzt.

Bis 1900 stand in den Untersuchungen darüber jedoch immer die Frage, wann bei vertretbaren Sachen der Eigentumsübergang anzunehmen sei und ob insbesondere Gelder überhaupt

---

1) Baumann, a.a.O. S. 104 schreibt dazu: "Welch robe Pönalisierung zivilrechtlicher Beziehungen und welche Abhängigkeit von zivilrechtlichen Konstruktionen der fragwürdigsten Art . . ."

2) Ähnlich Thode, a.a.O. S. 11.
Gleispach, a.a.O. S. 135.

Objekt der Unterschlagung sein könnten, im Vordergrund[1]. Mit der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde jedoch dieser Streit beseitigt; denn die §§ 929 ff. BGB bestimmen ganz genau die Voraussetzungen des Eigentumsübergangs und bringen zum Ausdruck, daß dabei zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen nicht unterschieden werden soll.

In der Rechtsprechung versuchte das Obertribunal eine unglückliche Lösung durch die Schaffung eines gesonderten strafrechtlichen Eigentumsbegriffes. Danach sei - wie das Urteil des Obertribunals v. 5.12.1867 ausführt - für die Anwendung des § 225 (Unterschlagung) nicht das durch die Transaktion geschaffene zivilrechtliche Eigentumsverhältnis, sondern das zwischen den Beteiligten bestehende Obligationenverhältnis, die zwischen ihnen getroffene Übereinkunft, maßgebend.
Unter der fremden Sache sei eine solche zu verstehen, welche der Detinent nach dem von ihm verletzten obligatorischen Verhältnis den mit ihm im Obligationsnexus stehenden Personen gegenüber nicht als eigene Sache habe betrachten dürfen.
An diesem strafrechtlichen Eigentumsbegriff hielt das Obertribunal zeit seines Bestehens fest[2].

---

1) Schwarze, a.a.O.
Finger, Die Veruntreuung von Baarkautionen.
Lindenau, Die Unterschlagung an barem Geld nach deutschem Reichsstrafrecht.

2) Vgl. Urteile v. 6.6.1879 und 14.6.1879 in Oppenhof, Rechtsprechung des Obertribunals in Strafsachen XX, 298 und 295.

Mit Recht wird fast in der gesamten Literatur diese Begriffsauslegung abgelehnt[1]. Die Folgen dieser Lehre wären, daß eine Sache zwei Eigentümer, einen zivilrechtlichen und einen strafrechtlichen, haben könnte. Der Inhalt des Eigentums ist die Verfügungsbefugnis über die Sache[2]. Zwei Personen würden also berechtigt sein, sich gegenseitig von der Verfügung über eine betreffende Sache auszuschließen.

Genau betrachtet würde diese Lehre zu einer Beseitigung des Tatbestandsmerkmals der fremden Sache führen und die Unterschlagung in einen generellen Untreuetatbestand auflösen, der sich gegen den obligatorisch verpflichteten Eigentümer oder Nichteigentümer richten würde[3].

Der gleiche Vorwurf, die Unterschlagung als Eigentumsdelikt aufzugeben, ist gegenüber den Bestrebungen zu erheben, den Begriff der "fremden" Sache im Unterschlagungstatbestand zu beseitigen[4] oder "fremd" als strafrechtlichen Begriff, losgelöst vom zivilrechtlichen Eigentum, auszulegen[5].

---

1) Olshausen 7. Aufl. § 246 Nr. 3; Berner S. 569; Binding, Lehrbuch 1/262 ff.; von Stemann S. 16 ff.; Kapff, Unterschlagung S. 4o; Huber, Unterschlagung S. 1o4; von Liszt S. 446; H. Meyer 7. Aufl. S. 497; RGSt 3/15o; 39/414; 5o/183; 62/6o; 64/65.

2) Windscheid, Pandekten I, pag. 491.
Lindenau, a.a.O. S. 22.

3) Vgl. Kapff, Die Unterschlagung S. 4o.

4) Vgl. Gleispach, a.a.O. S. 198 und S. 2o4.
Gessler, a.a.O. S. 6o2.

5) H. Mayer GS Bd. 1o4, S. 1oo ff., insbesondere S. 1o9 ff. und Gutachten Str.Reform S. 347.
Sauer, System des Strafrechts S. 6o.

Grundsätzlich ist zwar eine Rechtsordnung, in der nur das Vermögen generell und damit inzident das Eigentum geschützt wird, denkbar. Aber je genauer die Legalordnung gliedert, desto besser wird sich der Wert der geschützten Rechtsgüter dem Rechtsbewußtsein des Volkes einprägen. Das Eigentum als "handgreiflichster Vermögenswert"[1] wurde immer als besonders schutzwürdig empfunden. Auch das GG hebt in Art. 14 seine Garantie hervor. Es wäre daher ein Mißgriff, die historische Entwicklung der Eigentumsdelikte - seit 1836 wird der Angriff auf das Eigentum auch im Gesetz als wesentlich herausgestellt[2] - abzubrechen.

Aber auch der Vorschlag H. Mayers[3], den Unterschlagungstatbestand durch Hinzufügen des Satzes "Als fremde Sache gilt auch eine anvertraute Geldsumme" zu erweitern, wird dem Problem nicht gerecht. Wie das oben angeführte Beispiel zeigt, handelt es sich nicht nur um ein Problem des Geldes, wenn es auch praktisch meist der Fall sein wird. Die Auffassung Mayers a.a.O., der schreibt: "In allen anderen Fällen (außer beim Geld!) liegt die auch für das Strafrecht entscheidende Grenze zwischen den verschiedenen sozialen Sachverhalten dort, wo der Anvertrauende auf das zivilrechtliche Eigentum verzichtet. Wer eine Sache, welche ohne weiteres von anderen unterscheidbar ist, einem anderen zu Eigentum überträgt, macht diesen bewußt zum Herrn der

---

1) Maurach in Materialien zur Strafrechtsreform 1.Band, S. 231 "Die Systematik des Besonderen Teils eines neuen Strafgesetzbuches".

2) Vgl. H. Mayer, Untreue S. 49.

3) Materialien Band I, Gutachten S. 348.

Sache und begnügt sich selbst mit der Rolle des Gläubigers." ist unrichtig. Der Eigentumsübergang von Geld unterliegt den gleichen zivilrechtlichen Vorschriften wie der anderer Sachen. Nun ist selbst bei nicht vertretbaren Sachen, die ein deutliches Charakteristikum haben, bei der stillen Stellvertretung der Fall möglich, daß der Stellvertreter gegen den Willen des Berechtigten das Eigentum erwirbt. Man muß nur das oben angeführte zweite Beispiel so konstruieren, daß der stille Stellvertreter das Schmuckstuck nicht verkauft, sondern kauft. Und nicht nur beim Geld, sondern bei allen vertretbaren Sachen wird es vorkommen, daß sich die Vertragschließenden über den Eigentumsübergang keine Gedanken machen.

Ein weiteres Negativum dieser Regelung würde sein, daß die Unterschlagung kein reines Eigentumsdelikt mehr darstellen würde und damit die Systematik des Gesetzes durchbrochen wäre. Abgesehen davon wäre es begriffsverwirrend, wenn man sich eine eigene Sache - Geld - aneignen könnte. Außerdem würde diese Ergänzung des Unterschlagungstatbestands zum Teil zu eng, zum Teil zu weit sein. Zu eng, insofern man das Wort "anvertraut" im herkömmlichen Sinne auslegen würde. Dann müßten die Fälle, in denen bei stiller Stellvertretung der Stellvertreter das Geld erst von einem Dritten ausgehändigt bekäme, ausscheiden, da dieser den Stellvertreter für den Berechtigten hielte. Von einem "Anvertrauen" durch den Vertretenen kann meiner Ansicht nach in diesem Fall nicht mehr gesprochen werden; denn er weiß nicht, von wem, wann und wieviel der Vertreter erhält[1].

---

1) H. Mayer, Untreue S. 334 u. S. 344, der allerdings auch die Schwierigkeiten der Auslegung des Begriffs "anvertraut" erkennt. Thode, a.a.O. S. 59. RGSt 4/386.

Einer Einschränkung aber bedarf der Tatbestand, wie auch Mayer[1] erkennt, insoweit, als nicht jede Zueignung anvertrauten Geldes, selbst wenn sie gegen den Willen des Berechtigten erfolgt, strafwürdig ist. Eine genaue Abgrenzung der strafbaren Fälle bei der Verwendung eigenen Geldes mit Ersatzabsicht wäre erforderlich.

Auch die bei den Reformbestrebungen des Strafrechts im Rahmen des Unterschlagungstatbestands gemachten Vorschläge sind als Lösung abzulehnen[2]. Einen derartigen Versuch hat auch nur der amtliche Entwurf von 1925 unternommen.
Der Tatbestand der Unterschlagung (§ 300 StGB) lautet in diesem Entwurf[3]:

"I.) Wer sich eine ihm anvertraute fremde bewegliche Sache in der Absicht zueignet, sich oder einen Dritten damit unrechtmäßig zu bereichern, wird mit Gefängnis bestraft.

II.) Ebenso wird bestraft, wer in gleicher Absicht anvertrautes Gut, insbesondere Geld, verbraucht oder verausgabt.

III.) Der Versuch ist strafbar.

IV.) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu zehn Jahren."

Zugeschnitten auf unser Problem ist offensichtlich der Absatz II.

---

1) Gutachten S. 348.

2) Vgl. hinsichtlich der Schweizer Entwicklung des Problems in der Gesetzgebung die genaue Darstellung bei Thode S. 49 ff.

3) Abgedruckt in Materialien zur Strafrechtsreform, 1954, Band 3.

Die Untersuchungen Thodes[1], ob im § 300 Abs.2 E das Tatbestandsmerkmal der Fremdheit der Sache tatsächlich aufgegeben ist, ist trotz der verwirrenden Systematik der folgenden Paragraphen überflüssig, da die amtliche Begründung des Entwurfs zu §§ 300, 301 E ausführt:

"Dagegen sieht der im § 300 Abs.2 behandelte Fall der Veruntreuung von dem Erfordernis der Fremdheit der Sache ab."

Zur Begründung wird angeführt: "Dadurch, daß das geltende Recht nur die rechtswidrige Zueignung fremder Sachen mit Strafe bedroht, bleiben nicht selten Tatbestände straflos, die strafwürdig sind. .."

"Der Entwurf bedroht daher in Anlehnung an Vorschriften des österreichischen Rechts allgemein den mit Strafe, der anvertrautes Gut, insbesondere Geld, verbraucht oder veräußert, ohne Rücksicht darauf, ob das anvertraute Gut nach den Grundsätzen des Sachenrechts dem Täter gehört oder nicht. Von der Untreue unterscheidet sich dieser Fall dadurch, daß der Verletzte dort durch eine in seinem Namen oder an seiner Statt getroffene und ihn rechtlich bindende Verfügung, hier dagegen durch eine Handlung geschädigt wird, zu der der Täter nicht bevollmächtigt ist."

Im wesentlichen sind die Gesichtspunkte, die gegen § 300 Abs.2 E vorzubringen sind, die gleichen, die gegen den Vorschlag Mayers - die Aneignung anvertrauten Geldes zu bestrafen - sprechen, wenn auch einige Mängel ausscheiden. So ist die verwirrende Folge des Vorschlags, daß man sich eigene Sachen aneignen kann, vermieden. Auch kommt als Deliktsobjekt nicht nur Geld, sondern jedes anvertraute

---

1) S. 52 ff.

Gut in Betracht.

Die Schlußfolgerungen Thodes allerdings[1], die zu dem Ergebnis führen, daß § 300 Abs.1 E nur für nicht vertretbare Sachen gilt, § 300 Abs.2 E dagegen nur für vertretbare Sachen, sind nicht überzeugend. Er konstruiert als Beispiel den Kauf eines Berberhengstes durch einen verdeckten Stellvertreter und läßt ihn einmal durch den Stellvertreter veräußern und einmal schlachten und aufessen. Im zweiten Fall kommt er zur Strafbarkeit nach § 300 Abs.2, im Fall der Veräußerung sieht er dagegen die deliktische Handlung als nicht gegeben an - da weder ein "Verbrauchen noch ein Verausgaben" vorliegt - und kommt zur Straffreiheit. Er glaubt, daß dieses Ergebnis unbedingt zu vermeiden sei, daß eine Straffreiheit in beiden Fällen vorzuziehen sei und daß darum § 300 Abs.2 E nur für vertretbare Sachen geschaffen werden sollte.

An einem ähnlich absurden Beispiel beweist er, daß § 300 Abs.1 E nur die nicht vertretbaren Sachen treffen sollte. Wäre es anders, führt er aus, würde der, der in fremdem Namen Geld einkassiert und dieses in der Absicht vergräbt, es nach dem Tode des Auftraggebers für sich zu verwenden, strafbar sein, während derjenige, der das gleiche tut, das Geld aber als verdeckter Stellvertreter einkassiert, straffrei wäre. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, zieht er ebenfalls die Straffreiheit beider Tatbestände vor und folgert daraus, daß dieses Ergebnis auch die Strafrechtskommission gewollt habe und daher § 300 Abs.1 E nur für nicht vertretbare Sachen geschaffen habe. Diese Argumentation ist nicht

---

1) S. 56 ff.

zu begreifen. Schließlich ist es ja auch möglich, daß sich der Täter ein Schmuckstück geben läßt und dieses vergräbt. Dann würde das ungleiche Ergebnis nach § 3oo Abs. 1 E auch bei nicht vertretbaren Sachen auftreten. Weiter kann man an Stelle des Berberhengstes auch einen Sack Kartoffeln setzen. § 3oo Abs. 2 E wäre dann nach der Meinung Thodes auch für vertretbare Sachen unanwendbar.

Für all diese Ideen enthält die amtliche Begründung des Entwurfs keinerlei Anhaltspunkte und das von Thode begrüßte Ergebnis, daß bei der Anwendbarkeit des § 3oo Abs. 1 E für nicht vertretbare Sachen und des § 3oo Abs.2 E für vertretbare Sachen eine Idealkonkurrenz zwischen den beiden Absätzen ausgeschlossen sei, läßt sich auf einfachere Weise erreichen. § 3oo Abs. 1 E erfordert eine fremde bewegliche Sache. § 3oo Abs.2 E ist aber zur Schließung einer Lücke nur für Sachen, die im Eigentum des Täters stehen, erforderlich. Legt man nun § 3oo Abs.2 E so aus, daß er nur für eigene Sachen gilt, so ist eine Idealkonkurrenz nicht möglich.

Dennoch ist die Fassung des § 3oo Abs. 2 E grundsätzlich nur für vertretbare Sachen anwendbar und damit zu eng[1]. Dies ergibt sich aus den aufgeführten Deliktshandlungen "verbrauchen" und "verausgaben". Nur in seltenen Fällen läßt sich eine nicht vertretbare Sache verbrauchen[2]. Verausgaben ist dagegen die spezielle Erscheinungsform des Verbrauchs von Geld[3]. Aber auch nicht jede "Aneignung" ver-

---

1) Vgl. Mayer, Untreue S. 333 und 344.

2) Vgl. Oertmann § 93 BGB I g.

3) Thode, a.a.O. S. 57; Mayer, Untreue S. 333.

tretbarer Sachen erfolgt in der Form des Verbrauchens und Verausgabens[1]. Auch insoweit ist § 300 Abs.2 E zu eng. Wenn man zudem das Wort "anvertraut" in dem oben dargelegten Sinne gebraucht, d.h. die die Sache übergebende Person muß Vertrauen beweisen, scheiden die Fälle der stillen Stellvertretung aus und es ergibt sich auch insofern eine Lücke.

Nach Mayer[2] ist die Fassung des § 300 Abs.2 E aber auch zu weit: Er sieht nicht alle Fälle, in denen der obligatorischen Verpflichtung zuwidergehandelt wird, als strafwürdig an. Meiner Ansicht nach bringt die verlangte Absicht, sich unrechtmäßig zu bereichern, schon die nötige Einschränkung auf die strafbaren Fälle und scheidet die Fälle, in denen mit Erstattungsabsicht gehandelt wird, aus[3].

Die Formulierung ist jedoch unglücklich gefaßt, da die Fälle, in denen mit bloßer Schädigungs-, nicht aber Bereicherungsabsicht gehandelt würde, nicht strafbar wären. Straflos wäre der Täter auch dann, wenn er z.B. mit Ersatzabsicht eine Sache verbrauchen und erst später die Ersatzabsicht aufgeben würde.

Als letzter Einwurf ist noch vorzubringen, daß § 300 E ebenfalls die Systematik des Gesetzes durchbricht und den Angriff gegen das Eigentum und gegen Forderungsrechte vermischt.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß im Rahmen des Unterschlagungstatbestandes bis jetzt keine Lösung des

---

1) Olshausen § 246 Nr. 14; Gleispach, a.a.O. S. 171.
2) Mayer, Untreue S. 337 und 344.
3) Vgl. dazu näher Thode S. 61 ff.

Problems gefunden wurde.

Die Rechtsprechung versucht durch zivilrechtliche Konstruktionen möglichst oft das Tatbestandsmerkmal der fremden Sache zu erreichen. Damit ist aber nur zum Teil eine Lösung des Problems der stillen Stellvertretung gewonnen und manchmal sind es reine Konstruktionen, um die Strafbarkeit einzelner Fälle herbeizuführen[1].
Über den Eigentumsübergang entscheidet grundsätzlich der Wille des Übereigners, nicht des Stellvertreters (§ 164 Abs.2 BGB)[2]. Erst wenn der Übereigner sich nicht spezialisiert, sondern an den leisten will, den es angeht, kommt es nach der Lehre vom "Geschäft für den es angeht" auf den Willen des Leistungsempfängers an[3]. Im Zweifel wird der Übereigner aber dem stillen Stellvertreter das Eigentum übertragen wollen, sodaß bei einer Unterschlagung durch den stillen Stellvertreter nicht ohne weiteres ein Eigentumserwerb des Vertretenen konstruiert werden kann.
Während beim "Geschäft für den es angeht" der Stellvertretene unmittelbar das Eigentum erwirbt, erhält er es nach der Lehre vom antizipierten Besitzkonstitut durch einen Willensakt des Stellvertreters von diesem übertragen[4]. Im Falle der Veruntreuung ist nun dem stillen Stellvertreter entweder der "Wille, für den es angeht, erwerben zu wollen" oder beim antizipierten Besitzkonstitut der Eigentumsübertragungswille nachzuweisen, wobei wegen § 262 StPO

---

1) z.B. RGSt 34/39.
2) Vgl. auch RGSt 56/122; 63/406.
3) Vgl. RGSt 19/433; 24/148.
4) Vgl. RGSt 45/185; 54/185; 19/434.

nicht wie im Zivilrecht die Vermutung gilt, daß die einmal erklärte Einigung fortbesteht[1]. Schon dadurch sind diese Lösungsmöglichkeiten oft zum Scheitern verurteilt, zumal in den meisten Fällen die Geschäftsschließenden sich überhaupt keine Gedanken machen.

4. Kapitel

Lösungsversuche im Rahmen anderer Tatbestände und Feststellung der Lücken im geltenden Strafgesetz.

Ein wirkliches Gesetzgebungsproblem liegt jedoch nur vor, wenn die aufgezeigten Lücken unter keinen anderen strafgesetzlichen Tatbestand fallen.

In Frage kommen nur die allgemein zum Schutz des Vermögens geschaffenen Tatbestände und von diesen in erster Linie die Untreue, die zum Teil dazu bestimmt ist, den Unterschlagungstatbestand zu ergänzen[2]. Die übrigen Vermögensdelikte kommen erst in Betracht, wenn noch zusätzliche Tatumstände, wie z.B. eine Irrtumserregung beim Betrug, erfüllt sind.

Dennoch ermöglicht der Tatbestand des Betrugs in den Fällen unter Ziff. 4, d.h. der Übereignung eines "Zuviels" eine befriedigende Lösung. Erkennt der Täter nämlich, daß er ein "Zuviel" erhält oder erhalten hat, ist er nach Treu und Glauben verpflichtet, seinen Vertragspartner auf den Irrtum aufmerksam zu machen[3]. Unterläßt er dies, erleidet

---

1) RGZ 135/367.

2) Vgl. RGSt 38/267 und die dort angeführte Stelle der Motive zum StGB.

3) Vgl. JW 36/3001.

der Irrende einen Vermögensschaden, da dieser seinen Rückforderungsanspruch nicht geltend machen kann. Dies genügt zur Bejahung eines Betrugs[1].

Bei den Fällen unter 1), 2) und 5) verletzt der Täter ein Forderungsrecht.
Im Fall der stillen Stellvertretung besteht aus dem der Vollmacht zugrunde liegenden Innenverhältnis (Auftrag, Dienstvertrag usw.) ein Anspruch gegen den stillen Stellvertreter auf Übereignung der auf Grund dieses Verhältnisses erlangten Sachen.
Im Fall 2), bei dem Treuhandsverhältnis, wird das Eigentum an dem Deliktsobjekt nur übertragen, weil der Täter sich verpflichtet, in bestimmter Weise damit zu verfahren. Die Veruntreuung stellt eine Verletzung dieser Verpflichtung dar.
Beim verlängerten Eigentumsvorbehalt handelt der Täter ebenfalls der Verpflichtung, das Eigentum an dem erlangten Erlös auf den Vorbehaltsverkäufer zu übertragen, zuwider.
Aber auch der problematische Fall der Vermischung - daß der Eigentümer des Mischgutes nach der Vermischung beschließt, dieses ohne Ersatz für sich zu behalten - stellt eine Verletzung eines Forderungsrechts, nämlich des Entschädigungsanspruches nach § 951 BGB dar.
Es besteht jedoch ein erheblicher Unterschied zwischen den Fällen 1), 2) und 5) und den Fällen unter 3); denn in ersteren verletzt der Täter ein Forderungsrecht, zu dessen Erfüllung er sich ausdrücklich vertraglich verpflichtet

---

1) JW 34/1053.

hat, d.h. das Forderungsrecht ist durch seinen Willensentschluß erst entstanden. In den Fällen unter 3) verletzt er einen kraft Gesetzes bestehenden Anspruch, dessen Entstehung er nicht in doloser Absicht herbeigeführt hat, da wie oben gezeigt, dann bereits Unterschlagung vorliegt. Präziser ausgedrückt: In den erstgenannten Fällen handelt er dem von ihm versprochenen Tun zuwider und enttäuscht das in ihn gesetzte Vertrauen - wäre ihm nicht vertraut worden, wäre der Vertrag nicht zustandegekommen -, in den Fällen unter 3) dagegen nutzt er lediglich eine für ihn entstandene günstige Vermögenslage aus. Meines Erachtens sind diese Fälle sehr selten und nicht verwerflich genug, um kriminalpolitisch eine Strafbarkeit zu erfordern. Sobald aber noch eine zusätzliche Handlung wie die Erregung oder Aufrechterhaltung eines Irrtums, z.B. über die Tatsache der Vermischung, hinzukommt, ergibt sich eine Strafbarkeit nach § 263 StGB.

In den Fällen unter 1), 2) und 5) ist das Vorliegen des Untreuetatbestandes zu prüfen.

Die heutige Fassung des § 266 StGB beruht auf dem Gesetz vom 26. Mai 1933 mit kleinen Abänderungen durch das Dritte Strafänderungsgesetz[1].

Die Untreue gliedert sich

a) in den Mißbrauchstatbestand, der darin besteht, daß der Täter die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder

---

1) Über die geschichtliche Entwicklung vgl. ausführlich Mayer, Untreue, S. 4 ff., zusammengefaßt Gutachten, Materialien Bd. 1. S. 340 und Wrede, die Untreue von der peinlichen Gerichtsordnung 1532 bis zum StGB.

Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis entweder
aa) über fremdes Vermögen zu verfügen oder
bb) einen anderen zu verpflichten,
also eine nach außen wirkende Vertretungsmacht, mißbraucht und
b) in den Treubruchstatbestand, bei dem der Täter die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags oder Rechtsgeschäfts, aber auch kraft eines Treueverhältnisses, also im Innenverhältnis obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt[1].

Tatsächlich ist aber der Mißbrauchstatbestand nichts anderes als ein formalrechtlich schärfer umrissener Unterfall des Treubruchstatbestandes, dessen Vorliegen wegen seiner größeren Klarheit zweckmäßigerweise zuerst zu prüfen ist; denn unter den Treubruchstatbestand würde bei wörtlicher Anwendung jede vorsätzliche Vertragsverletzung fallen[2]. Diese zu weit gehenden Folgen, besonders wenn man berücksichtigt, daß die Untreue nur für gravierende Fälle geschaffen werden sollte, was sich aus der Mindeststrafe "Gefängnis und Geldstrafe" ergibt, wurden von Rechtsprechung und Lehre durch Einfügung "ungeschriebener Tatbestandsmerkmale" eingeschränkt, vor allem durch Zurückführung des Merkmals "Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen" auf Fälle verantwortlich selbständiger Wirkungskreise[3]. Eine Abgrenzung der strafwürdigen Fälle von den nicht strafwürdigen durch klare Kriterien ist jedoch nicht gelungen, sodaß praktisch oft von der Verwerflichkeit der

---

1) Vgl. Maurach II, § 39 II A; Schwarz § 266 StGB A 1.
2) Vgl. Maurach II, § 39 I B.
3) Vgl. Maurach a.a.O.

Tat ausgegangen wird[1].

Als erstes soll nun untersucht werden, ob der Mißbrauchstatbestand die Lücken des § 246 StGB schließen kann.

a) In den Fällen der stillen Stellvertretung liegt zwar ein Bevollmächtigtenverhältnis vor. Dennoch scheidet für unser Problem der Mißbrauchstatbestand aus. Der stille Stellvertreter mißbraucht nicht seine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, wenn er die ihm zu Eigentum übertragenen Sachen anstatt an seinen Auftraggeber abzuführen, für sich verwendet; denn er hat keine Vollmacht, über diese Sachen zu verfügen. Voraussetzung für den Mißbrauchstatbestand ist aber, daß der Geschäftsherr auf Grund des Vertretungsverhältnisses die Handlungen des Bevollmächtigten gegen sich gelten lassen muß[2].

b) Auch in den Fällen der fiduziarischen Übereignung scheidet der Mißbrauchstatbestand aus. Der Treuhänder ist nicht Vertreter im Sinne des Mißbrauchstatbestands, da die Einräumung einer Verfügungsbefugnis nicht wesentlicher Inhalt des Treuhandsverhältnisses ist, sondern sich nur als Nebenwirkung ergeben kann.

c) Ebenfalls hat der Vorbehaltskäufer keine Befugnis, über das aus dem Weiterverkauf erlangte Surrogat zu verfügen, sodaß auch für diesen Fall der Mißbrauchstatbestand ausscheidet.

Dagegen verletzt in allen drei Fällen der Täter die ihm

---

1) Vgl. RGSt 69/58 ff.

2) Vgl. RG HRR 39/1386; Schönke-Schröder § 266 IV StGB.

auf Grund des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts gegenüber seinem Vertragspartner obliegende Treuepflicht zu dessen Nachteil. Daß die Deliktsobjekte sich im Eigentum des Täters befinden, ist kein Grund, den Tatbestand der Untreue auszuschließen; denn "fremdes Vermögen" ist in § 266 StGB nach allerdings strittiger Ansicht im wirtschaftlichen Sinne zu verstehen[1] und in allen unseren Fällen ergibt sich die Problematik gerade daraus, daß dem Täter nur das Eigentum, nicht aber der Vermögenswert im wirtschaftlichen Sinne zusteht. Außerdem gehören auch Forderungsrechte zum Vermögen, deren Durchsetzung auf jeden Fall gefährdet wird. Wie oben dargestellt verlangt der Treubruchstatbestand aber, daß die Pflicht zur Vermögensfürsorge für das begründete Treueverhältnis wesensbestimmend ist[2] und daß ein nicht unbedeutender Pflichtenkreis verletzt wird. Dies kann jedoch nur bei einem Teil der problematischen Fälle bejaht werden.

a) So kann man bei den Fällen der stillen Stellvertretung die Pflicht zur Vermögensfürsorge als wesensbestimmend bezeichnen und in der Regel bei den Kommissionsgeschäften auch eine gewisse Selbständigkeit und Verantwortung annehmen, sodaß der Kommissionär, der an Waren oder Geld das Eigentum erlangt hat und nun die Sachen für sich verwertet, anstatt sie seinem Auftraggeber auszuhändigen, wegen Untreue bestraft werden kann.
Stiller Stellvertreter kann aber auch das Dienstmädchen sein, das eine Gans kauft, oder ein Knecht, der ein

---

1) Vgl. Maurach II, § 39 I A; Schwarz § 266 StGB C 2 A.
2) Vgl. BGH 4/170, BGH 8/272.

Schwein verkaufen soll. Nach herrschender Meinung ist in diesen Fällen ein gewichtiger Pflichtenkreis und damit ein Treubruchstatbestand unbedingt abzulehnen. So führt RGSt 69/58 aus: "Der Wortlaut des § 266 StGB könne allerdings dazu veranlassen, den Überbringer einer Quittung, den Kellner, Lohnkutscher, Hausverwalter, den Milchmann sowie den Bäckerjungen, die für ihren Geschäftsherrn Gelder einnehmen und sie nicht abliefern, wegen Untreue zu bestrafen. Erforderlich sei aber sinngemäße und historische Auslegung des Gesetzes unter Berücksichtigung der immerhin ernsten, auf "Schiebertum und Korruption" abgestellten Strafdrohung. Infolgedessen müsse ein gewisser Umfang des Pflichtenkreises und eine gewisse Selbständigkeit des Handelns im Interesse des"Betreuten" Voraussetzung des Treubruchstatbestands bleiben."

Wo ist jedoch allgemein die Grenze zwischen gewichtigem und nicht gewichtigem Pflichtenkreis zu ziehen? Kann man einen bestimmten Wert, z.B. 100.- DM als Grenze festsetzen oder ist es nicht unmöglich zu sagen, wer für 99,- DM Waren verkauft, hat noch keinen gewichtigen Pflichtenkreis, wer aber für 100.- DM einkauft, hat ihn? In der Praxis werden zwar derart krasse Unterscheidungen nicht vorkommen, da man sich auch immer auf die allgemeinen Umstände stützt. Dennoch wird das allgemeine Rechtsbewußtsein die Abgrenzung schwer einsehen. Natürlich kann man daran zweifeln, ob es erforderlich ist, derart geringe Vermögensverletzungen zu pönalisieren. Aber ist es dann nicht ebenso zweifelhaft, ob es kriminalpolitisch notwendig ist, Unterschlagungen geringwer-

tiger Sachen zu bestrafen? Erschwerend kann man zwar bei der Unterschlagung die Eigentumsverletzung werten. Aber, wie oben dargestellt, hängt es manchmal von Kleinigkeiten ab, deren sich der Täter gar nicht bewußt ist, ob eine Eigentumsverletzung vorliegt oder nicht. Eine gleiche strafrechtliche Behandlung dieser Fälle ist meiner Ansicht nach sinnvoll[1].

c) Bei den fiduziarischen Rechtsverhältnissen kann ebenfalls ein rechtsgeschäftliches Treueverhältnis angenommen werden. So ist der Sicherungsübereignungsvertrag ein echtes Treuhandgeschäft, das den Sicherungsnehmer verpflichtet, seine starke formelle Rechtsstellung während der Zeit der Innehabung nicht zu mißbrauchen. Die Rechtsprechung nimmt allgemein den Treubruchstatbestand an[2], ohne, wie es dann logischerweise auch hier erforderlich wäre, zu untersuchen, ob ein gewichtiger Pflichtenkreis vorliegt.

Problematischer ist der Fall des depositum irregulare. Beim einfachen Verwahrungsvertrag wird von der Rechtsprechung meist ein wesensbestimmendes Treueverhältnis

---

1) Vgl. auch die Begründung des Entwurfs eines Deutschen Strafgesetzbuches 1927 zu § 348 Abs.2, wo es heißt: "Ob nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts z.B. der Kellner, der Lohnkutscher, der Hausverwalter das Eigentum an dem von dem Gast oder dem Mieter gezahlten Geld erlangt ..... ist häufig zweifelhaft. Es erscheint jedoch unrichtig, von der Beantwortung dieser mehr formellen Frage die Entscheidung darüber abhängig zu machen, ob es strafbar ist oder nicht, wenn der Beauftragte das eingenommene, ihm wirtschaftlich nicht zustehende Geld für sich verbraucht. Es würden so offensichtlich strafwürdige Fälle straflos bleiben."

2) Vgl. RGSt 67/374; 69/225.

abgelehnt[1]. Gleiche Entscheidungen wurden aber auch für das depositum irregulare getroffen. So wurde eine das Wesen des § 266 StGB begründende Treupflicht für den Arbeitgeber, der eine Kaution des Arbeitnehmers entgegennimmt, abgelehnt[2]. Diese Unterscheidung ist meiner Ansicht nach unrichtig. Gerade beim depositum irregulare bringt der Hinterleger dem Verwahrer besonders viel Vertrauen entgegen, da er ihm gestattet, die übergebene Sache für sich zu verwenden. Durch die Annahme dieses Vertrauensbeweises übernimmt der Verwahrer eine Treueverpflichtung, ohne die das depositum irregulare nicht denkbar wäre. In der Verwendung der übergebenen Sachen ohne Ersatzabsicht kann daher ein Treubruch im Sinne des § 266 StGB erblickt werden[3].

c) Auch bei dem problematisch gebliebenen Fall des verlängerten Eigentumsvorbehalts kann unter der Voraussetzung eines umfangreichen Pflichtenkreises der Treubruchtatbestand zur Anwendung kommen, da die starke schuldrechtliche Bindung des Käufers ein Treueverhältnis im Sinne des § 266 StGB erzeugt[4].

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, daß sämtliche noch problematischen Fälle unter den Untreuetatbestand subsumiert werden können, wenn sich für den Täter auf Grund des Vertragsverhältnisses ein gewichtiger Pflichtenkreis

---

1) Vgl. RGSt 63/336. Goltd.Arch. 54/72.
2) BGH NJW 55/71. BGH LM Nr. 20. RGSt 64/88.
3) Vgl. RGSt 74/3. BGH 5/64.
4) Vgl. OLG Hamm NJW 53/260. OLG Hamm NJW 54/1091.

ergibt. Ist dies nicht der Fall, geht er straffrei aus. Diese Unterscheidung befriedigt jedoch nicht, wie oben bereits ausgeführt.

5. Kapitel

Die Problematik und der neue Strafrechtsentwurf.

Auch in dem neuen Strafrechtsentwurf soll an dem Unterschlagungstatbestand als Eigentumsdelikt festgehalten werden. Nur zur Vermeidung von Konkurrenzen soll er subsidiär gestaltet werden. Von der Kommission wurde folgende Fassung vorgeschlagen[1]:

§ 240 E 1960

I. Wer eine fremde bewegliche Sache sich oder einem anderen widerrechtlich zueignet, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Strafhaft bestraft, wenn die Tat nicht als Diebstahl, Raub, Betrug, Erpressung oder Untreue mit Strafe bedroht ist.

II. Der Versuch ist strafbar.

III. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Gefängnis von drei Monaten bis zu fünf Jahren.
Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. eine ihm anvertraute Sache unterschlägt und zur Verschleierung der Tat auf Täuschung berechnete Mittel anwendet,
2. Sachen von bedeutendem Wert unterschlägt, die für gemeinnützige oder mildtätige Zwecke gesammelt

---

1) Vgl. Amtlicher Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1960.

worden sind, oder

3. Sachen unterschlägt, die ihm als Amtsträger anvertraut oder zugänglich geworden sind.

Es werden also durch den neuen Unterschlagungstatbestand die aufgetauchten Probleme nicht gelöst. Wie oben gezeigt, erscheint eine Lösung durch diesen Tatbestand auch undenkbar.

Aber auch der neue Untreuetatbestand kann sie nicht meistern. Er hat folgende Fassung:

§ 263 E 1960

I. Wer damit betraut ist,

1. Vermögen eines anderen

a) als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,

b) als Vormund, Pfleger, Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter, Konkursverwalter oder Treuhänder oder

c) sonst kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags oder Rechtsgeschäfts

zu verwalten oder

2. eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen und dem anderen absichtlich oder wissentlich einen Vermögensnachteil dadurch zufügt, daß er die Verwaltung oder Aufsicht pflichtwidrig führt,

wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Strafhaft bestraft.

II. Ebenso wird bestraft, wer sonst damit betraut ist, Vermögensangelegenheiten eines anderen durch Abschluß

von Rechtsgeschäften für dessen Rechnung zu besorgen und ihm

1. absichtlich einen Vermögensnachteil dadurch zufügt, daß er über Mittel oder Gegenstände, die er zur Besorgung solcher Angelegenheiten oder bei deren Besorgung erlangt, pflichtwidrig verfügt, oder die ihm übertragenen Geschäfte sonst pflichtwidrig führt oder
2. durch eine solche Handlung wissentlich einen Vermögensnachteil zufügt, um sich oder einen Dritten zu bereichern.

III. Die Absätze I und II sind auch dann anzuwenden, wenn die Rechtshandlung, die der Betreuung zugrundeliegt, unwirksam ist.

IV. § 241 gilt entsprechend.

Die amtliche Begründung zu § 263 E 1960 schreibt dazu[1]:
Soll wegen Untreue nur strafbar sein, wer damit betraut ist, einen anderen in dem eben beschriebenen Sinne rechtsgeschäftlich zu vertreten, so bleiben alle sonstigen Dienstleistungen und Geschäftsbesorgungen außer Betracht. Wer mit bloß mechanischer oder technischer Tätigkeit für einen anderen betraut ist, z.B. der Bote, das Hausmädchen, der Verwahrer einer Sache oder der Lagerverwalter, scheidet aus dem Täterkreis aus. Der Kassenbote, der das ihm anvertraute Geld sich oder einem anderen rechtswidrig zueignet, begeht nicht Untreue, sondern Unterschlagung. ... Das Merkmal der Besorgung von Vermögensangelegenheiten eines anderen für dessen Rechnung schließt alle Tätigkeiten für eige-

---

1) E 1960 S. 402.

ne Rechnung und im eigenen Interesse aus. Nach dem Entwurf begeht daher nicht Untreue der Eigentümer, der über den ihm zur Sicherung übereigneten Gegenstand widerrechtlich verfügt. Der Vorbehaltskäufer, der die unter Eigentumsvorbehalt erworbene Sache vertragswidrig weiterveräußert, begeht nicht Untreue, sondern Unterschlagung.

Damit wird der Entwurf den aufgezeigten Problemen noch weniger gerecht als der geltende Untreuetatbestand; denn es werden nicht nur Geschäfte niedriger Art ausgeschieden, sondern generell die Fälle des Sicherungseigentums, der Kaution und des Vorbehaltseigentums. Forscht man in den Vorarbeiten zu dem Strafrechtsentwurf nach dem Grund dieses Ergebnisses, so ergibt sich folgendes:

In dem Gutachten von Hellmuth Mayer[1] wird verlangt, daß der Umfang des Vermögensstrafrechts weitgehend eingeschränkt werden soll. Einen strafrechtlichen Schutz a l l e r Vermögensgüter gegen vorsätzliche Schädigungen lehnt er ab, da dadurch die Privatautonomie auf dem Gebiete des Privatrechtes vernichtet würde. Er glaubt, daß das Privatrecht generell zum Schutz der Vermögensinteressen des einzelnen ausreicht.

Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden. Bei der heutigen Verbreitung von Sicherungs- und Vorbehaltseigentum ist ein strafrechtlicher Schutz unbedingt erforderlich. Der Sicherungsgeber oder der Vorbehaltsverkäufer hat einfach nicht die Möglichkeit, die Persönlichkeit des Vertragspartners auf seine Vertrauenswürdigkeit zu überprüfen. Eine zu umfangreiche Belastung der Justiz und eine straf-

---

1) Materialien zur Strafrechtsreform 1.Band S. 338.

rechtliche Verfolgung von Bagatellsachen kann ja, wie unten noch untersucht werden soll, auch auf anderem Wege, z.B. durch einen erforderlichen Strafantrag für Bagatellsachen vermieden werden. Außerdem kann es erforderlich sein, die Mindeststrafe herabzusetzen.

Koffka führt in ihrem Fassungsvorschlag zum Thema Untreue unter VII aus[1]: "Ist maßgebendes Kriterium für den Untreuetäter, daß er für Rechnung und Gefahr eines anderen Rechtsgeschäfte abschließen kann, so ergibt sich daraus, daß mindestens in aller Regel weder der Vorbehaltskäufer noch der Sicherungsgeber tauglicher Täter einer Untreue sein kann. Beide pflegen die unter Eigentumsvorbehalt gekauften oder zur Sicherung übereigneten Waren nicht nur im eigenen Namen, sondern auch für eigene Rechnung und Gefahr zu veräußern. Wir begrüßen dieses Ergebnis. Es erscheint nicht tragbar die Nichteinhaltung von Vertragsbestimmungen bei derartigen Sicherungsgeschäften nach der mehr oder weniger geschickten Fassung der Einzelbedingungen als Untreue zu bestrafen."

Es ist nicht ganz überzeugend, warum hier die in Schädigungsabsicht erfolgte Nichteinhaltung von Vertragsbestimmungen und die Verletzung des entgegengebrachten Vertrauens straflos sein sollen, da Untreue generell durch Nichteinhaltung von Vertragsbestimmungen unter besonderer Treueverletzung begangen wird. Es kann auch kein Grund gefunden werden, warum der Untreuetatbestand unbedingt ein besonders gravierendes Delikt sein soll. In den Ausführungen Koffkas

---

1) Umdruck R 121, S. 8.

drückt sich dies z.B. einmal dadurch aus, daß sie sagt[1]: "Der Schuldspruch wegen Untreue verliert seine W u c h t, wenn derartige Grenzfälle darunter gebracht werden." Bockelmann führt als Korreferent aus[2]: "Die Reform des Untreueparagraphen hat die Aufgabe, die unbestimmte Weite der geltenden Fassung des Gesetzes durch einen enger und klarer gefaßten Tatbestand zu ersetzen. Aber sie hat auch die Aufgabe, den neuen Text so zu formulieren, daß er möglichst alle wirklich strafwürdigen Fälle erfaßt. Beide Ziele ganz zu erreichen, ist nicht möglich; denn sie widersprechen sich. Je schärfer der neue Tatbestand profiliert wird, um so sicherer ist, daß er sich nach manchen Richtungen als zu eng erweisen muß. Je weiter man ihn ausdehnt, umso unausweichlicher ist die Folge, daß er dem richterlichen Ermessen zu viel Spielraum einräumt. Der Gesetzgeber wird davon ausgehen müssen, daß die letztere Gefahr die größere ist. Das beweisen die Erfahrungen, die man mit dem geltenden Recht gemacht hat. Der derzeitige Wortlaut des Gesetzes ist so vage, daß er einer restlosen Pönalisierung aller bürgerlich-rechtlichen Vertragswidrigkeiten nicht im Wege steht. Die Aufgabe, diese unerträgliche Konsequenz zu vermeiden, hat nicht der Gesetzgeber gelöst. Er hat sie den Gerichten überlassen. Dies bedeutet, daß die Praxis fast bei jedem neuen Fall vor der Frage steht, ob sie ihn unter das Gesetz ziehen will oder nicht. Mag sie im Ergebnis meist eine billige Entscheidung getroffen haben, daß sie dazu genötigt ist, fast ausschließlich von kriminalpoli-

---

1) a.a.O. S. 11.
2) a.a.O. S. 12.

tischen Gesichtspunkten sich leiten zu lassen, bedeutet einen schweren Mangel des geltenden Rechts. Im Vordergrund der Bemühungen um eine Reform des Untreueparagraphen muß deshalb das Bestreben stehen, den Untreuetatbestand knapper und schärfer zu formulieren als bisher, und es darf den zu diesem Zweck gemachten Vorschlägen grundsätzlich nicht der Einwand entgegengehalten werden, daß nach ihnen in Zukunft manches straflos bleiben werde, was bisher strafbar ist oder für strafbar erklärt werden kann. Es kommt gerade darauf an, dies Ergebnis zu erreichen."

Wie oben ausgeführt, wird bezweifelt, ob diese starke Einengung des Untreuetatbestands so begrüßenswert ist. Aus den Beratungen zu dem Untreuetatbestand[1)] ergibt sich, daß auf den Grad der Pflichtverletzung abgestellt werden soll, also ein Treueverhältnis gehobener Art verlangt werden soll, das Pflichten von einigem Gewicht beinhaltet, zu deren Erfüllung dem Verpflichteten eine gewisse Selbständigkeit und Bewegungsfreiheit eingeräumt ist. Anlaß zu diesen Ausführungen war folgendes Beispiel: Eine Ladnerin in Österreich hatte das ihr anvertraute Zweiggeschäft nicht geöffnet, weil sie lieber spazierenging. Rösch fand nun, daß man darin, wenn dies nur für einen Nachmittag geschehe, keine Untreue sehen könne, daß es dagegen anders sei, wenn sie einen Monat lang das Geschäft nicht eröffne.

Diese Unterscheidung kann nicht akzeptiert werden. In keinem anderen Tatbestand geht man von der Schwere des Eingriffs in das verletzte Rechtsgut aus. Es kann daher nicht eingesehen werden, warum nur bei der Untreue grundsätzlich

---

1) Umdruck V 35.

der Grad der Treueverletzung berücksichtigt werden soll. Wenn die Ladnerin einen Nachmittag lang lieber spazierengeht, weil schönes Wetter ist, wird sie straflos bleiben, weil ihr die Benachteiligungsabsicht fehlt. Ist das Motiv des Spazierengehens jedoch die Absicht, ihrem Geschäftsherrn Nachteil zuzufügen, ist meiner Ansicht nach ihre Strafbarkeit durchaus gerechtfertigt. Der Unrechtsgehalt ist nicht geringer als bei einem kleinen Diebstahl oder einem kleinen Betrug.
Obwohl auch Gegenstimmen gegen eine zu enge Fassung des Untreuetatbestands geltend gemacht wurden, ist das Ergebnis der Bemühungen nur ein sehr umfangreicher, viele Einzelfälle aufzählender Untreuetatbestand, der den aufgezeigten Problemen weniger als die geltende Fassung gerecht wird.

6. Kapitel

Die Problematik und die früheren Entwürfe eines Untreuetatbestands.

Nach der Feststellung, daß das Problem nicht im Rahmen des Unterschlagungstatbestands, sondern höchstens durch den Untreuetatbestand gelöst werden kann, der neue Entwurf der Untreue aber keine Lösung bringt, sollen die im Laufe der Reformbestrebungen des Strafrechts gemachten Fassungsvorschläge der Untreue untersucht werden.
So hat der Untreuetatbestand im Entwurf zu einem Strafgesetzbuch von 1909 folgende Fassung[1]:

---

1) Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch 1909, S. 40.

§ 277 E 1909

Wer absichtlich das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über dieses Vermögen zu verfügen, mißbraucht, wird mit Gefängnis oder Haft oder Geldstrafe bis zu zehntausend Mark bestraft.

Diese Formulierung ist offensichtlich zu eng; denn sie umfaßt nur den Mißbrauchstatbestand. Sie setzt also ein gültiges Rechtsgeschäft und eine durch dieses eingeräumte Verfügungsbefugnis voraus.

Dagegen ist der Untreuetatbestand im Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs von 1909 sehr weit gefaßt[1].

§ 322 Gegenentwurf E 1911 lautet:

I. Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen dem Recht zuwiderlaufenden Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem anderen einen rechtswidrigen Nachteil zuzufügen, fremdes Vermögen dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Rechtsgeschäft auferlegte Pflicht zur Wahrung der Interessen dieses Vermögens verletzt, wird mit Gefängnis bestraft.

II. Ist der Vermögensschaden besonders groß oder hat der Täter die Tat durch längere Zeit fortgesetzt, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren.

Wenn "die durch Rechtsgeschäft auferlegte Pflicht zur Wahrung der Interessen dieses Vermögens" auch eine vertragliche Nebenpflicht sein kann und der Vermögensbegriff wirt-

---

1) Herausgegeben Berlin 1911, Verlag J. Guttentag.

schaftlich ausgelegt wird, fallen alle drei ungelösten Probleme unter den Untreuetatbestand; denn sowohl in den Fällen der stillen Stellvertretung als auch der fiduziarischen Übereignung und des Vorbehaltsverkaufs ergibt sich als vertragliche Nebenpflicht über § 242 BGB die Pflicht zur Fürsorge für das Vermögen des Vertragspartners. An der Fassung des Gegenentwurfs E 1911 kann jedoch, wenn man die obengebrachte Auslegung annimmt, mit Recht bemängelt werden, daß sie zu weit gefaßt ist; denn fast jeder Vertrag beinhaltet nebenbei eine Fürsorgepflicht für die Vermögensinteressen des Vertragspartners, sodaß fast jede Forderungsverletzung, die in Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht geschieht und durch die ein Vermögensnachteil entsteht, strafbar wäre. Dies würde eine bis jetzt noch nicht dagewesene Pönalisierung bedeuten, wenn Fälle wie zum Beispiel ein doppelter Verkauf eines Gegenstands strafbar wären. Zwar weist jeder Bruch einer eingegangenen vertraglichen Bindung aus dem alleinigen Motiv, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, einen erheblichen Unrechtsgehalt auf. Dennoch besteht bis heute kein Anlaß, die strafrechtliche Verfolgung so weit auszudehnen. Der Literatur und der Rechtsprechung ist zuzustimmen, wenn sie einen Vertrauensbeweis verlangt, der über das in jedem Vertragsschluß bekundete Vertrauen hinausgeht, d.h. es muß ein Unterschied gemacht werden, ob jemand in einem x-beliebigen Geschäft etwas kauft, oder ob er dem Vertragspartner noch einen zusätzlichen Vertrauensbeweis entgegenbringt, wie es zum Beispiel bei der Beauftragung mit der Ausführung von Geschäften oder bei der Überlassung von Eigentum der Fall ist.

Würde man im Gegenentwurf E 1911 dagegen verlangen, daß

"die durch Rechtsgeschäft auferlegte Pflicht zur Wahrung der Interessen dieses Vermögens" eine Hauptpflicht des Vertrages sein soll, wäre der vorgeschlagene Untreuetatbestand wieder zu eng.

In dem Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission[1] ist man daher wieder von diesem Vorschlag abgekommen und zum Mißbrauchstatbestand zurückgekehrt. Der Entwurf weicht von dem von 1909 nur unwesentlich ab. Er hat folgenden Wortlaut:

§ 367 E 1913

I. Wer fremdes Vermögen dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über dieses Vermögen zu verfügen, wissentlich mißbraucht, wird mit Gefängnis oder mit Geldstrafe bestraft.

II. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren.

Der Entwurf von 1919[2] behält in seinem § 377 die Fassung von 1913 bei. Er läßt nur den 2. Absatz weg. Auch der Entwurf von 1925 hält an dem Mißbrauchstatbestand fest, formuliert ihn allerdings wieder etwas anders[3].

§ 314 E 1925

"Wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über das Vermögen eines anderen zu verfügen, wissentlich zum Nachteil des anderen mißbraucht, wird mit Gefängnis bestraft."

---

1) Herausgegeben 1913 in Berlin.

2) Berlin 1920.

3) Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, Berlin 1925.

Dagegen bringt der Entwurf eines Untreuetatbestands von 1927, der im Entwurf von 1930 wörtlich übernommen wurde, eine wesentliche Neuerung. Da sie hinsichtlich der Veruntreuung eigener Sachen weitgehend als annehmbare Lösung empfunden wird, sollen erst die weiteren Strafrechtsentwürfe untersucht werden.

Der Entwurf der amtlichen Strafrechtskommission 1933/34 (1.Lesung) hat folgenden Untreuetatbestand[1]:

§ 311 Treubruch

I. Wer die ihm auf Grund eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt oder es böswillig unterläßt, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, obwohl er kraft eines Treueverhältnisses dazu verpflichtet ist und wer dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Gefängnis bestraft.

II. Wegen Treubruchs wird insbesondere bestraft, wer sich oder einen anderen zum Herrn einer fremden beweglichen Sache macht, die ihm anvertraut war oder wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht.

III. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus.

An diesem Tatbestand ist unklar, wie die Tatbestandsmerkmale "Treueverhältnis, Vermögensinteressen" und "wahrnehmen" auszulegen sind. Legt man sie nicht restriktiv aus, können sämtliche Fälle des Abs. II unter Absatz I subsumiert werden; denn sowohl das Anvertrauen von Eigentum, wie auch die

---

1) Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs, Berlin 1936.

eingeräumte Befugnis über fremdes Vermögen zu verfügen, begründen ein Treueverhältnis, auf Grund dessen der Betraute zur Vermögensfürsorge verpflichtet ist. Meiner Ansicht nach war dies nicht die Absicht des Entwurfs; denn dann hätte der Untreuetatbestand wieder jene Weite, die schon im Entwurf 1911 bemängelt wurde. Soll aber der Absatz I restriktiv ausgelegt werden und das Anvertrauen von Sachen noch nicht als Treueverhältnis gewertet werden, bleibt fürdie Lösung des Problems nur Absatz II. Aber weder der Mißbrauchstatbestand noch die erste Alternative des Absatz II, in der nur von fremden Sachen die Rede ist, kann das Problem lösen.

In der 2. Lesung des Entwurfs 1936[1] erhielt der Untreuetatbestand wieder eine neue Fassung, die wesentlich knapper als die des E 1933/34 ist:

§ 453 E 1936

I. Die Untreue wird mit Gefängnis bestraft.

II. Untreue begeht, wer die ihm auf Grund eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, für fremdes Vermögen zu sorgen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt.

III. Wegen Untreue wird auch bestraft, wer sich oder einem anderen widerrechtlich eine fremde Sache zueignet, die ihm anvertraut war,und dadurch dem, der ihm die Sache anvertraut hat, Nachteil zufügt.

IV. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus.

Inhaltlich entspricht jedoch dieser Entwurf - er läßt nur

---

1) Im gleichen Band wie die 1. Lesung abgedruckt.

Überflüssiges weg - dem aus dem Jahre 1933/34, sodaß die gleichen Einwendungen vorzubringen sind.
Auch der Entwurf von 1939 bringt keine neuen Gesichtspunkte, da er seinen Untreuetatbestand (§ 447) nur unwesentlich anders als der E 1936 formuliert.
Der Entwurf von 1927[1] ist ebenfalls unvollkommen; denn er beschränkt sich im Absatz I auf den Mißbrauchstatbestand. Da sich diese Arbeit jedoch nur mit der Veruntreuung eigener Sachen nicht dagegen mit der Untreue generell auseinanderzusetzen hat, kann dies unberücksichtigt bleiben.
Absatz II bringt dagegen speziell für das vorliegende Problem eine Lösung[2]. Der Untreuetatbestand des Entwurfs von 1927 hat folgenden Wortlaut:

§ 348 Untreue

I. Wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich mißbraucht und dadurch einem anderen Nachteil zufügt, wird mit Gefängnis bestraft.

II. Ebenso wird bestraft, wer abgesehen von den Fällen der §§ 333, 334 StGB Geld oder anderes Gut, das ihm anvertraut ist oder das er für einen anderen empfangen hat, zum Nachteil des Berechtigten für sich oder einen Dritten verwendet.

III. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren.

---

1) Berlin 1927
2) Die Fassung des § 348 II E 27 wird auch von Ebener, Die Untreue und ihr Verhältnis zur Unterschlagung, S. 1o9 ff. als geglückt angesehen.

§§ 333, 334 StGB betreffen die Unterschlagung, wobei § 333 StGB die Unterschlagung mit Bereicherungsabsicht umfaßt, während § 334 StGB diese Absicht nicht erfordert[1]. Dies stellt eine nicht sehr glückliche Unterscheidung dar, vor allem da in beiden Fällen die gleiche Strafe angedroht wird.

Der Vorteil des Abs. II des § 348 E 1927 ist, daß er es nicht auf die Eigentumslage abstellt. Da die Fälle der Unterschlagung ausgeschieden werden, kommt er jedoch nur dann zur Anwendung, wenn sich die veruntreuten Sachen im Eigentum des Täters befinden. Auch beschränkt er sich nicht auf Geld oder fungible Sachen. Das Wort "aneignen", das bei eigenen Sachen einen Widerspruch darstellen würde, ist vermieden. Das Tatbestandsmerkmal "verwenden" kann ohne weiteres so weit ausgelegt werden, daß darunter nicht nur ein Verbrauch oder eine Veräußerung, sondern auch nur ein Behalten verstanden werden kann. Alle problematischen Fälle der Veruntreuung eigener Sachen werden daher von diesem Tatbestand erfaßt. Beim Sicherungseigentum und beim depositum irregulare handelt es sich um ein Anvertrauen,

---

1) § 333 Unterschlagung

I. Wer eine fremde bewegliche Sache, die sich nicht im Gewahrsam eines anderen befindet, sich oder einem Dritten in der Absicht zueignet, sich oder den Dritten dadurch unrechtmäßig zu bereichern, wird mit Gefängnis bestraft.
II. Der Versuch ist strafbar.
III. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren.

§ 334 Unberechtigte Aneignung

I. Wer abgesehen von den Fällen des Diebstahls oder der Unterschlagung, eine fremde bewegliche Sache sich oder einem anderen rechtswidrig zueignet, wird mit Gefängnis bestraft.
II. Der Versuch .....

bei der stillen Stellvertretung und bei dem verlängerten Eigentumsvorbehalt um ein Empfangen für einen anderen. Allerdings muß dabei auf das Innenverhältnis abgestellt werden und nicht auf den Willen des Übergebers.
Noch zu untersuchen ist, ob der Absatz II nicht zu weit ist und auch nicht-strafbare Fälle umfaßt. Aus der Formulierung "Geld oder anderes Gut, das ihm a n v e r t r a u t ist oder das er f ü r e i n e n a n d e r e n empfangen hat", geht jedoch klar hervor, daß es sich um Eigentum handelt, das dem Täter nur juristisch, nicht aber wirtschaftlich zusteht, das also seinem freien Verfügungsrecht entzogen ist, sodaß die vorsätzliche Verwendung zum Nachteil des Berechtigten, wie oben bereits ausgeführt, strafwürdig erscheint. Auch ist der Täter nur strafbar, wenn er vorsätzlich Nachteil zufügt. Es genügt allerdings dolus eventualis, da im Gegensatz zum E 1925 das Tatbestandsmerkmal "wissentlich" vor der Nachteilszufügung weggelassen wurde. Dieses Ergebnis ist zu begrüßen. Dagegen sind die Fälle, in denen der Täter über die benachteiligende Wirkung der Verwendung irrt und fahrlässig annimmt, keinen Schaden zuzufügen, wegen Tatbestandsirrtum nach § 59 StGB straflos. Angebracht ist allerdings, in den Tatbestand die Worte "gegen den Willen des Berechtigten" aufzunehmen; denn es ist durchaus denkbar, daß der Berechtigte mit der Verwendung einverstanden ist, der Verwendende allerdings genau weiß, daß er einen Nachteil zufügen wird. Derartige Fälle können nicht als strafwürdig empfunden werden. Im übrigen erscheint die abgesonderte Lösung im Rahmen des Untreuetatbestands annehmbar.
Der endgültige Fassungsvorschlag, der zu dem Untreuetat-

bestand hinzuzufügen ist, lautet also:
Ebenso wird bestraft, wer abgesehen von den Fällen der Unterschlagung Geld oder anderes Gut, das ihm anvertraut ist oder das er für einen anderen empfangen hat, gegen den Willen des Berechtigten zu dessen Nachteil für sich oder einen Dritten verwendet.

7. Kapitel

Konsequenzen des Lösungsvorschlags.

Der Lösungsvorschlag läßt sich in seiner Fassung nur dann in das Strafgesetzbuch einarbeiten, wenn der Unterschlagungstatbestand nicht subsidiär gestaltet ist. Das ist meines Erachtens auch nicht zu empfehlen. Wenn schon an dem speziellen strafrechtlichen Schutz des Eigentums festgehalten und nicht das Vermögen als Ganzes geschützt werden soll, dann muß die Verletzung des Eigentums auch unter einen Tatbestand, der das Eigentum schützt, subsumiert werden können. Eine dadurch mögliche Konkurrenz mit einem anderen Vermögensdelikt bringt meiner Ansicht nach weit weniger Nachteile mit sich.
Auch zwischen dem Lösungsvorschlag und dem generellen Untreuetatbestand können Konkurrenzprobleme auftreten. Da der zusätzliche Absatz zur Untreue jedoch geschaffen werden soll, um die bisherige Lücke im Strafgesetz auszufüllen, empfiehlt es sich, die Subsidiaritätsklausel in dem Lösungsvorschlag wie folgt auszudehnen: "Ebenso wird bestraft, wer abgesehen von den Fällen des Abs. I und der Unterschlagung . . . "
Ein weiteres Problem ist der Strafrahmen des Untreuetat-

bestands Bedingt durch die historische Entwicklung wird die Untreue bis heute als besonders gravierendes Delikt angesehen. Dem entspricht der Strafrahmen, der als Mindeststrafe Gefängnis und Geldstrafe vorsieht. Da durch den Fassungsvorschlag jedoch auch Fälle mit geringem kriminellen Unrechtsgehalt erfaßt werden können, muß die Mindeststrafe herabgesetzt werden. Auf keinen Fall darf sie höher als bei der Unterschlagung sein, die bei mildernden Umständen Geldstrafe zuläßt.

Es wäre sogar wünschenswert, für Bagatellsachen einen Strafantrag zu verlangen, um eine Uberlastung der Justizbehörden zu vermeiden[1]. Eine Abgrenzung könnte durch den zugefügten Schaden erfolgen. So könnte ein zusätzlicher Absatz bestimmen, daß bei einem eingetretenen Schaden, der z.B. die Grenze von 150.- DM nicht übersteigt, zur Verfolgung ein Strafantrag erforderlich sei.

---

1) Bereits 1928 wurde von den Sozialdemokraten im Strafrechtsausschuß des Reichstags gefordert, die gewöhnlichen Fälle der Aneignungsverbrechen zu Antragsdelikten zu machen.

II. A B S C H N I T T

Die Unterschlagung mit Ersatzabsicht.

1. Kapitel: Die Problematik.

Ein in der Literatur vielfach behandeltes Problem ist die Aneignung im Gewahrsam befindlicher fremder Sachen mit Ersatzabsicht[1].

Drei Beispiele sollen die Problematik aufzeigen:

1. Beispiel: A verwahrt für B einen Kastn Bier. Er weiß, B wird ihn am nächsten Nachmittag abholen. Abends bekommt er überraschend Besuch. Er verbraucht das Bier für seine Gäste und ersetzt es am nächsten Morgen durch die gleiche Sorte. Als B das Bier abholt, merkt er nicht, daß es nicht mehr sein Kasten Bier ist.

2. Beispiel: A hat ein wertvolles Buch von B ausgeliehen, das dieser als letztes Geschenk von seinem Vater bekommen hat. In einer augenblicklichen Laune schenkt A, der nicht weiß, daß das Buch ein Geschenk ist, es seiner Freundin. Am nächsten Morgen kauft er das gleiche Werk in einer Buchhandlung und gibt es B zurück.

3. Beispiel: A verbraucht auf einer Geschäftsreise Geld des B, das er diesem überbringen soll. Er weiß, daß es ihm nicht schwer fällt, an Ort und Stelle das Geld zu ersetzen. Als er jedoch von der Reise zurückkehrt und das Geld erset-

---

1) Vgl. Köstlin, Die Lehre von der Unterschlagung.
Gessler, a.a.O.
Hälschner, Beitrag zur Lehre vom Tatbestand der Unterschlagung.
Ziethen, Die Unterschlagung an vertretbaren Sachen.

zen will, erfährt er, daß er durch unglückliche Umstände sein gesamtes Vermögen verloren hat und das Geld nicht mehr ersetzen kann.

Diese Fälle erscheinen zum Teil theoretisch. Ein Tatbestand weist jedoch nur dann keine Mängel auf, wenn er für alle, selbst die nur denkbaren Fälle eine annehmbare Lösung ermöglicht. Wie ist nun die Strafwürdigkeit der in den drei Beispielen geschilderten Handlungsweisen zu beurteilen, wenn man nur vom Rechtsgefühl ausgeht?
Die Strafbarkeit einer Tat wird dann als notwendig empfunden, wenn entweder die Tat als solche für die Gesellschaft als Ganzes oder für den betroffenen Einzelnen untragbar erscheint (Tatstrafrecht), oder der Täter aus einer Gesinnung heraus handelt, die für die Gemeinschaft gefährlich ist und daher unterbunden werden muß (Täterstrafrecht).

Nun erscheint in allen drei Beispielen die Gesinnung des Täters nicht als strafwürdig; denn er wollte niemand Nachteil zufügen. Anders sind dagegen die Taten als solche unter Berücksichtigung der Folgen zu beurteilen.
Im ersten Fall würde jedermann, auch wenn der Eigentümer B mit der Aneignung des Kastens Bier nicht einverstanden wäre, eine Bestrafung des A wegen Unterschlagung nicht gerechtfertigt finden.
Im dritten Fall wird man dagegen finden, daß die Gesellschaft vor Schaden geschützt werden muß, indem derartige Handlungsweisen durch Strafdrohung unterbunden werden.
Im zweiten Fall wird dagegen die Meinung geteilt sein.

B hat einen Schaden erlitten. Er hat zwar das gleiche, nicht aber dasselbe Buch, das für ihn einen besonderen Wert hatte, zurückerhalten. Es liegt jedoch nur ein ideeller Schaden vor, den selbst das Bürgerliche Gesetzbuch, das einen viel umfangreicheren Interessenschutz als das Strafrecht gewährt, nur in Ausnahmefällen berücksichtigt.

In der Praxis tritt das Problem der Aneignung mit Ersatzabsicht in erster Linie bei der Amtsunterschlagung auf; denn nach allgemein herrschender Meinung sind in amtlicher Eigenschaft empfangene Sachen, um in jedem Augenblick eine ordnungsgemäße, selbstlose Amtsführung zu garantieren, nicht fungibel[1]. In konsequenter Durchführung dieser Auffassung nahm das Reichsgericht[2] an, daß schon das reine Umwechseln von amtlich empfangenen Geldern eine Unterschlagung darstelle. Heute[3] macht man für das Umwechseln eine Ausnahme, sieht jedoch jede andere Zueignung amtlich empfangener Sachen mit Ersatzabsicht, selbst wenn vor Entdeckung der Tat Ersatz geleistet ist, als Unterschlagung an.

Die aufgezeigte Problematik tritt in erster Linie bei der Unterschlagung auf, da sie das einzige Aneignungsdelikt ist, das nur das Eigentum schützt. Beim Diebstahl kommt als Rechtsgut neben dem Eigentum noch der Gewahrsam hinzu, sodaß wegen der notwendigen Wegnahme eine Aneignung mit

---

1) Vgl. für viele Maurach II S. 671.
Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 1.Band, S. 279.

2) RGSt 5/304.

3) Vgl. Schönke-Schröder § 350 VI StGB.

Ersatzabsicht seltener vorkommen wird. Wegen der Gewahrsamsverletzung wird die Tat auch, wenn weder eine Einwilligung des Eigentümers noch ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, eher strafwürdig erscheinen. Erst recht ist der Raub strafwürdig, da § 249 StGB auch noch die persönliche Freiheit schützt. Bei den Delikten, die das Vermögen als Ganzes schützen, ist meist eine verwerfliche Handlungsweise - z.B. bei § 263 StGB Täuschung, bei § 253 StGB Nötigung - erforderlich, sodaß praktisch eine Ersatzabsicht nicht vorkommt. Auch bei der Untreue ist die Problematik ausgeschlossen, da § 266 StGB ein Handeln zum Nachteil des Verletzten erfordert und dadurch die strafwürdigen von den nicht strafwürdigen Fällen geschieden werden.

2. Kapitel

Lösungsversuche des Problems in der Gesetzgebung und in der Literatur.

Sowohl in den Gesetzesentwürfen wie in der Literatur wurden immer wieder Versuche unternommen, um das aufgezeigte Problem zu lösen. Die Gedankengänge sollen zur Verschaffung eines Überblicks hier nur kurz skizziert werden. Eine eingehende Auseinandersetzung und Kritik erfolgt, soweit erforderlich, jeweils bei der Untersuchung des Verbrechensmerkmals, das durch den Lösungsvorschlag berührt wird.

Zuerst muß darauf hingewiesen werden, daß das Problem im Preußischen Strafgesetzbuch noch nicht existierte; denn der Tatbestand der Unterschlagung, geregelt in § 225, forderte, daß die Tat "zum Nachteile des Eigentümers, Besit-

zers oder Inhabers" begangen werde. Die Ersatzabsicht schließt aber den Willen, Nachteil zuzufügen, aus. Mit Recht wurde diese Fassung jedoch scharf angegriffen, da dadurch das Wesen des Unterschlagungstatbestandes, das Eigentum zu schützen, vollkommen verwischt wurde. Hälschner[1] setzt sich ausführlich mit diesem Passus auseinander. Er[2] schreibt, daß diese Bestimmung aufgenommen worden sei, um den dolus des Täters näher zu bestimmen und das Problem der Unterschlagung vertretbarer Sachen zu lösen. Dazu wäre es aber höchstens zulässig gewesen, vom Nachteil des Eigentümers zu sprechen. Aber auch das würde zu weit führen, wenn man "Nachteil" als Vermögensschaden auslegen würde; denn dann könnte der reiche Mann, der alles ersetzen könne, sich auch alles zueignen[3]. Hälschner ist der Ansicht, daß eine nähere Bestimmung des Unterschlagungsvorsatzes überhaupt nicht notwendig sei. Zuerst müsse man untersuchen, ob die Pflicht des Gewahrsamsinhabers nur ein tantundem betreffe, weil dann das Objekt der Unterschlagung, die fremde Sache, nicht vorliege.

Dieser Meinung kann in der Konsequenz, dem Ausschluß der Unterschlagung, nicht aber in der Begründung zugestimmt werden. Ist der Eigentümer mit einem tantundem einverstanden, so hat er dadurch noch nicht sein Eigentum verloren, vielmehr ist nur die Rechtswidrigkeit der Zueignung ausgeschlossen, da sie nicht invito domino erfolgt.

Bestehe jedoch, führt Hälschner weiter aus, ein spezielles

---

1) A.a.O.

2) S. 9.

3) Vgl. auch v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 449.

Interesse des Eigentümers an der Sache, so müsse der Eigentümer unbedingt geschützt werden, sodaß eine Ersatzleistung den Tatbestand der Unterschlagung nicht beseitigen könne. Er verkennt dabei allerdings das Merkmal der Vertretbarkeit, wenn er der Auffassung ist, daß dann kein spezielles Interesse des Berechtigten bestehe, wenn im konkreten Fall nach dessen Willen die Sache eine vertretbare sein solle; denn das Wesen der Vertretbarkeit wird in § 91 BGB objektiv bestimmt. Außerdem liegt noch ein weiterer Irrtum vor. Es kann durchaus sein, daß der Eigentümer an der Sache, z.B. Geld, kein spezielles Interesse hat und dennoch gegen ein "Gebrauchen" des Gewahrsamsinhabers ist, da er eine Gefährdung seines Eigentums befürchtet.
Hälschner fährt fort, daß auch dann, wenn eine Unterschlagung möglich sei, weil die Pflicht des Gewahrsamsinhabers eine spezielle sei, eine Bestrafung des Täters, der mit Ersatzabsicht handle, ausscheiden könne, weil er mit der Einwilligung des Berechtigten rechne. Dann schließe nicht die besondere Beschaffenheit der Sache, nicht die Absicht, Ersatz zu leisten, sondern nur die Überzeugung, nicht invito domino zu handeln, den erforderlichen dolus aus[1].

Im Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, das als Reichsstrafgesetzbuch übernommen wurde, wurden die Worte "zum Nachteil des Eigentümers, Besitzers oder Inhabers" nicht wieder aufgenommen. Die Begründung zu § 241 führt dazu aus: "Die Unterschlagung an sogenannten fungiblen Sa-

---

1) Vgl. zu dieser Meinung das Kapitel über die Schuld.

chen, insbesondere Geld, ist in dem Entwurf nicht besonders behandelt worden. Der Entwurf ging hierbei von der Ansicht aus, daß das Tatbestandsmerkmal "rechtswidrig sich aneignet" eine ausreichende Grundlage zur Beurteilung der hierher gerechneten Fälle darbiete. Insbesondere werden mit ihm alle die Fälle, in denen der Verbrauch der Sache im vermuteten Einverständnis des Berechtigten erfolgt, zur Genüge gedeckt sein, da mit dieser Annahme von einer rechtswidrigen Zueignungsabsicht nicht die Rede sein kann."[1)]

In der Folgezeit ergingen durch das Reichsgericht[2)] zu diesem Problem verschiedene Entscheidungen. Die Gedankengänge entsprachen immer der Begründung, die in RGSt 5/305 ausgesprochen wurde: "Zum Tatbestand der Unterschlagung gehört jedoch nichts weiter als die rechtswidrige Zueignung einer im Gewahrsam des Täters befindlichen fremden beweglichen Sache mit dem Bewußtsein, daß sie eine fremde, und daß die Zueignung eine rechtswidrige sei ... . Der erforderliche dolus kann dagegen dadurch, daß der Täter, wenn auch irrigerweise, ein Recht der Zueignung zu haben glaubte, ausgeschlossen sein. Der dolus kann ferner dadurch ausgeschlossen sein, daß der Täter glaubte, die Genehmigung des Eigentümers der Sache zu seiner Zueignunshandlung voraussetzen zu dürfen. Die Absicht des Ersatzes ist dagegen nicht geeignet, den strafbaren dolus zu beseitigen. ... Erheblich kann sie, was die Unterschlagung betrifft, insofern

---

1) Vgl. zu dieser Ansicht das Kapitel über die Rechtswidrigkeit.

2) RGSt 5/305, 7/349, 14/242, 21/367.

werden, als sie die Grundlage für die Überzeugung des Täters war, der Eigentümer werde, eben dieser Ersatzabsicht wegen, mit der Zueignung einverstanden sein. Die sofortige, durch bereite Mittel gewährleistete Ausführbarkeit der Ersatzabsicht gewinnt in dem nämlichen Zusammenhang Bedeutung, in dem der Täter die Genehmigung seiner Zueignungshandlung durch den Eigentümer ernstlich vorauszusetzen nur dann in der Lage sein wird, wenn für ihn die Möglichkeit sofortiger Ersatzleistung feststeht."

Offensichtlich befriedigte diese Auffassung nicht immer; denn in einem Teil der späteren Entwürfe zu einem neuen Deutschen Strafgesetzbuch wird der Versuch gemacht, das Problem dadurch zu lösen, daß in den Unterschlagungstatbestand eine Bereicherungsabsicht des Täters aufgenommen wird.
So verlangt erstmals der amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1925 in seinem Veruntreuungstatbestand (§ 300), daß der Täter sich in der Absicht zueigne, sich oder einen Dritten damit unrechtmäßig zu bereichern. Die gleiche Absicht verlangen die Entwürfe von 1927 und 1930. Diese Absicht wurde jedoch mit Recht in den späteren Entwürfen wieder fallen gelassen. In noch weiterem Umfang als bei der Absicht "zum Nachteil des Eigentümers zu handeln" würde bei einer verlangten Bereicherungsabsicht der Schutz des Eigentümers durchbrochen, da selbst bei ganz erheblichem Nachteil des Eigentümers, eine Bereicherungsabsicht des Täters nicht vorzuliegen braucht, z.B. kann jemandem, der sich ein wertvolles Gemälde eines Kunstliebhabers aneignet unter Überweisung des Betrages, der dem

eineinhalbfachen Wert des Gemäldes entspricht, keine Bereicherungsabsicht vorgeworfen werden.
So wurde auch im Entwurf 1959 die Aufnahme der Bereicherungsabsicht abgelehnt. Skott[1] führt dazu aus, daß der Schwerpunkt des Diebstahls und der Unterschlagung für das Rechtsempfinden der Allgemeinheit in der Verletzung fremden Eigentums liege und auch die besondere verfassungsrechtliche Garantierung des Eigentumsrechts an Gewicht verlieren würde, wenn es ohne speziellen strafrechtlichen Schutz bliebe.

Die Stellungnahme Schwarzes[2] zu dem Problemkreis ist sehr unergiebig, da er bei der Übergabe von Geld stets Eigentumsübergang annimmt, was nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch unhaltbar ist. Soweit für den Gewahrsamsinhaber eine fremde vertretbare Sache vorliegt, nimmt er dagegen nur dann eine Unterschlagung an, wenn der Täter mit Benachteiligungsabsicht handelt, wobei er den Vorwurf, daß ein reicher Mann dann keine Unterschlagung begehen könne, dadurch entkräftet, daß er die Ersatzleistung nur durch gleiche Sachen zuläßt, also z.B. Weizen durch Weizen, Tuch durch Tuch usw., es sei denn, der Eigentümer wäre mit Geldersatz einverstanden.
Wie oben ausgeführt, schützt diese Auffassung den Eigentümer nicht, wenn er ein spezielles Interesse an der Sache hat. Sie setzt ihn außerdem einer ständigen Gefährdung seines Eigentums aus und führt zu erheblichen Beweischwierig-

---

1) Umdruck K 87.
2) A.a.O. S. 289 ff.

keiten des Gerichts, da der Täter dann immer behaupten wird, daß er keine Benachteiligungsabsicht hatte.
Ebenso unhaltbar ist die Auffassung Lindenaus[1], der annimmt, daß fremdes Geld dann Eigentum des Besitzers werde, wenn es seine individuelle Erkannbarkeit verliere, daß aber dennoch Unterschlagung möglich sei, nämlich wenn das Geld in dem Bewußtsein, die Vermögensinteressen des Berechtigten zu gefährden, konsumiert werde.

Einen weiteren Lösungsvorschlag zu diesem Problem bringt Köstlin[2], der bei Aneignung vertretbarer Sachen mit Ersatzabsicht das Tatbestandsmerkmal der Zueignung verneint, da er in dem Behalten nur ein Gebrauchen des Wertes, nicht aber ein Verbrauchen sieht[3].

Ziethen[4] dagegen hält die Zueignung mit Ersatzabsicht nur dann für rechtswidrig, wenn

a) den vertretbaren Sachen ausdrücklich ihre Vertretbarkeit entzogen war, oder
b) dies zwar nicht der Fall ist, der Aneignende aber auch nach Lage aller Umstände nicht die Überzeugung gewinnen konnte oder gewinnen durfte, daß der Eigentümer seine Einwilligung dazu geben würde.

---

1) Die Unterschlagung an barem Gelde nach Deutschem Reichsstrafrecht S. 13 und 14.

2) A.a.O. S. 59 ff.

3) Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt Olshausen, N 14 zu § 246 StGB; Kapff S. 44.

4) A.a.O. S. 43.

Erwähnt sei auch noch die sogenannte "Umwechseltheorie"[1]. Danach soll, wenn es dem Eigentümer gleichgültig sein kann, ob er dieselben Sachen oder gleichwertige andere zurückerhält, wie es bei vertretbaren Sachen meist der Fall sein wird, der Verwahrende berechtigt sein, die empfangenen Sachen gegen andere gleichwertige auszutauschen. Oppenhoff[2] schreibt dazu: "Aus allem dem folgt aber keineswegs, daß deshalb der Erstattungspflichtige sofort mit dem Gewahrsam Eigentum an der erhaltenen spezies erwerbe; seine Befugnis geht nur dahin, eine Umwechslung vorzunehmen, infolge welcher die neuen Stücke an die Stelle der ausgewechselten treten und statt der letzteren in das Eigentum des Berechtigten übertreten; eine Verausgabung ohne gleichzeitige Ersetzung durch andere gleichwertige liegt sonach nicht in seinen Befugnissen . . . "

Diese Theorie ist unbrauchbar. Eine Aneignung fremder, anvertrauter Sachen ist nicht nötig, wenn man gleichwertige Sachen zur Hand hat, die man dem Berechtigten in dem Augenblick der Aneignung übereignen kann; denn nur dann ist die Aneignung gestattet. Außerdem stößt diese Theorie auf zivilrechtliche Schwierigkeiten. Ein Eigentumserwerb des Verwahrenden ohne Wissen des Eigentümers ist nicht möglich. Ebensowenig ist eine Eigentumsübertragung auf jemanden, der nichts davon weiß, nach den Vorschriften des BGB möglich, wenn man aber den Willen des Eigentümers zu dem Umwechselmanöver vorausgesetzt, so scheidet Unterschlagung we-

---

1) Gleispach, a.a.O. , S. 181 ff. nimmt zu ihr ausführlich Stellung. Vgl. auch Geller, a.a.O., S. 86 f.

2) Kommentar zum Strafrecht N 7 zu § 246 StGB.

gen Einwilligung aus[1].

Während die aufgezeigten Meinungen eine Lösung im Rahmen des geltenden Unterschlagungstatbestandes versuchen, gibt es andere Stimmen, die eine Lösung nur durch Aufnahme weiterer Voraussetzungen in den Unterschlagungstatbestand für möglich halten.

So sieht Gessler[2], der das Erfordernis der fremden Sache im Unterschlagungstatbestand beseitigen will, die Aneignung vertretbarer Sachen mit Ersatzabsicht nur dann für strafbar an, wenn nicht bloß eine Entziehung des Eigentumsrechtes oder eine Verletzung der Befugnis, Eigentum zu erlangen, erfolgt, sondern auch die Garantie des Bezugs eines gleichen Wertes beeinträchtigt wird, wobei das Vorliegen der Garantie objektiv zu werten ist. Gessler führt nicht an, ob er den Tatbestand, die Rechtswidrigkeit oder den Vorsatz ausschalten will.

Gleispach[3] endlich findet nur den geltenden Rechtszustand unhaltbar, in dem auch Mangel an Achtung für fremdes Eigentum als Unterschlagung bestraft wird, ohne jedoch einen Lösungsvorschlag zu bringen.

Der folgende Teil der Arbeit soll daher den Problemkreis der Unterschlagung mit Ersatzabsicht nochmals durchleuchten.

---

1) Vgl. dazu das Kapitel über die Rechtswidrigkeit.

2) A.a.O. S. 602.

3) A.a.O. S. 199 ff.

3. Kapitel

Die Tatbestandsmäßigkeit des § 246 StGB bei Aneignung mit Ersatzabsicht.

1.) Die Abgrenzung der Objekte:

Im 1. Teil der Arbeit wurde dargelegt, daß Objekt der Unterschlagung nur eine fremde bewegliche Sache sein kann, wenn man an der Unterschlagung als Aneignungsdelikt festhalten will. Insofern ist dann die Meinung Gesslers, der durch Beseitigung des Erfordernisses der fremden Sache die Unterschlagung in einen Untreuetatbestand auflösen will, abgewiesen.

Es ist aber noch zu untersuchen, ob bei allen fremden beweglichen Sachen das Problem auftauchen kann, daß infolge einer vorliegenden Ersatzabsicht die Tat nicht strafwürdig erscheint.

Grundsätzlich wird man eine mit Strafe bedrohte Handlung nur dann als nicht strafwürdig ansehen, wenn der Geschützte, bei § 246 StGB der Eigentümer, keinen Nachteil erleidet. Kein Nachteil ergibt sich für den verletzten Eigentümer aber nur dann, wenn er objektiv und subjektiv völlig gleichwertigen Ersatz erhält wie zum Beispiel im Fall des Verbrauchs des Kastens Bier.

Dies ist aber nur bei vertretbaren Sachen möglich. Die Vertretbarkeit ist eine objektive Eigenschaft einer Sache, die in allen Rechtsgebieten sich nur nach den gleichen Kriterien bestimmen kann. Da das Wesen der Vertretbarkeit das Verblassen der individuellen Eigentümlichkeit der einzelnen Sachen einer Art für den Verkehr ist, ist die Bestimmung in § 91 BGB, daß vertretbare Sachen solche

sind, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bezeichnet zu werden pflegen, glücklich gefaßt.
Bei nicht vertretbaren Sachen wird objektiv immer ein Schaden vorliegen; denn der Eigentümer muß sich entweder mit einer ähnlichen Sache oder mit Geldersatz zufrieden geben. Bei der Unterschlagung nicht vertretbarer Sachen mit Ersatzabsicht wird man die Tat daher nur dann als nicht strafwürdig empfinden, wenn der Eigentümer in die Aneignung einwilligt, z.B. weil er die Ersatzleistung subjektiv als Vorteil betrachtet, und damit erklärt, daß er den objektiven Nachteil in Kauf nehmen will. Es liegt dann ganz allgemein ein Problem der Einwilligung vor.

Als Ergebnis können wir daher festhalten, daß die Unterschlagung mit Ersatzabsicht nur bei vertretbaren Sachen besonders zu untersuchen ist.

2.) Der Gewahrsam:
Für das Tatbestandsmerkmal des Gewahrsams ergibt sich durch die vorliegende Ersatzabsicht keine Besonderheit.

3.) Die Zueignung[1]:
Eine Zueignung liegt vor, wenn die Sache oder deren Wert unter Ausschaltung des Berechtigten in das eigene wirtschaftliche Vermögen des Täters gebracht wird[2].
Die Sachwerttheorie wurde entwickelt, um strafwürdige Fälle, wie das Abheben von fremden Sparkassenbüchern, bestra-

---

1) Über die Probleme des Zueignungsbegriffs vgl. Krebs, Über den Begriff der Zueignung bei Diebstahl und Unterschlagung, und Gleispach, a.a.O., S. 8 ff. u. S. 171 ff.

2) RGSt 42/43, 57/199.
Frank § 242 A VII 2 a. Olshausen § 242 A 25 a.

fen zu können; denn nach der Substanztheorie wäre darin ein bloßes Gebrauchen zu erblicken.

Nach der mit Recht herrschenden Meinung wird nun die Zueignung weder durch die Vertretbarkeit noch durch die Ersatzabsicht berührt, sondern streng als objektives Kriterium aufgefaßt. Gegen dieses Ergebnis wendet sich, wie oben kurz skizziert, Köstlin[1].

Er führt aus, daß im Falle der ernstlichen Absicht der rechtzeitigen Wiedererstattung in gleicher Quantität und Qualität selbst der wirkliche Verbrauch vertretbarer Sachen als bloßer Gebrauch, sohin nicht als Unterschlagung erscheint, selbst wenn die Ausführung der Absicht wider den Willen des Täters vereitelt wird. Als Grund für diese Auffassung gibt er an, daß bei vertretbaren Sachen allein an dem Wert ein Interesse bestünde und dieses Interesse bei erfolgender Ersatzleistung nicht verletzt würde.

Sehr instruktiv zu diesen Gedankengängen ist das bei Gleispach[2] zitierte Beispiel:

A gibt dem B die Summe von 100 Franken zur Verwahrung für ein Monat. B gibt die von A erhaltene Note dem C als Darlehen für 14 Tage. Er erhält die Summe pünktlich zurückgezahlt und gibt sie dem A nach Ablauf der Verwahrungszeit zurück.

B hat sich die Banknote zugeeignet, da er von C nicht mehr dieselbe zurückerhält. An dieser Banknote besteht jedoch kein spezielles Interesse, sodaß man bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise in dem Verhalten des B nur ein Ge-

---

1) A.a.O. S. 59.
2) A.a.O. S. 172.

brauchen des Wertes erblicken kann. Der Berechtigte wird jedoch bei derartigen Handlungsweisen immer der Gefahr ausgesetzt, daß er einen Vermögensschaden erleidet. Daher kann man ihm auch nicht den Willen unterschieben, daß er mit dem"Gebrauch" der Sache im wirtschaftlichen Sinne einverstanden sei, selbst wenn er nur an dem verkörperten Wert Interesse hat. Außerdem weist Gleispach mit Recht daraufhin, daß nach dem geltenden Recht die Zueignung und die Erstattungsabsicht scharf zu trennen seien und eine gegenseitige unmittelbare Beeinflussung nicht stattfände[1].
Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß durch die Ersatzabsicht die Zueignung nicht berührt wird.

Allerdings werden bei dem vorliegenden Problem nur die Arten der Zueignung auftreten, die eine Rückgabe des Objekts für den Täter unmöglich machen, sei es daß in die Substanz des Objektes wesentlich eingegriffen wird, z.B. durch Verbrauchen, sei es daß das Objekt für den Täter nicht mehr greifbar ist, wie z.B. beim Verschenken.

4.) Ergebnis: Bei einer Zueignungshandlung nach § 246 StGB ist auch bei Ersatzabsicht des Täters die Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung stets gegeben.

4. Kapitel

Die Rechtswidrigkeit bei Aneignung mit Ersatzabsicht[2].

Eine den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllende Handlung

---

1) Gegen Köstlin auch Binding, Besonderer Teil I, S. 256, Fußnote 6. v. Liszt, a.a.O. § 131 II.
Hugo Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts S. 499.

2) Vgl. vor allem Gleispach, a.a.O., S. 49 u. 174 ff.
Mezger, Strafrecht I § 30.

kann nur bestraft werden, wenn sie rechtswidrig ist, d.h. gegen die Rechtsordnung verstößt. Da durch die Aufnahme eines Tatbestandes in das Strafgesetzbuch jedoch ausgedrückt wird, daß die Tat in der Regel dem Rechtsgefühl widerspricht, ist die tatbestandsmäßige Tat dann rechtswidrig, wenn nicht besondere Umstände hinzukommen, die die Rechtswidrigkeit ausschließen[1]. Es handelt sich dabei um die sogenannten Rechtfertigungsgründe, d.h. um die Normierung besonderer Tatumstände, die zum Ausschluß der Rechtswidrigkeit führen. Der Versuch, neben dieser "formellen Rechtswidrigkeit", die demnach vorliegt, wenn die Tat tatbestandsmäßig ist und Rechtfertigungsgründe fehlen, auch eine "materielle Rechtswidrigkeit" zu verlangen, d.h. festzustellen, daß das Verhalten gesellschaftswidrig ist und die Lebensinteressen des Einzelnen oder der Gesamtheit verletzt oder gefährdet, ist nur mit besonderer Vorsicht zu folgen.[2]

Das Vorliegen der materillen Rechtswidrigkeit könnte nämlich nur vom Richter geprüft werden, dem damit eine Entscheidungsbefugnis eingeräumt würde, die leicht zu willkürlichen Ergebnissen führen könnte. Auf Grund der im Laufe der Strafrechtsgeschichte angestellten Bemühungen um ein gerechtes Strafgesetz besteht, wenn eine Handlung tatbestandsmäßig ist und keine gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich normierten Rechtfertigungsgründe vorliegen, ja auch die Vermutung, daß die Tat nicht nur formell, sondern

---

1) RGSt 63/218

2) Siehe dazu v. Liszt, Lehrbuch § 31 II.
Gleispach, a.a.O., S. 61 ff.

auch "materiell" rechtswidrig ist.

In unserer Rechtsordnung ist das Eigentum grundsätzlich geschützt[1]. Die Aneignung fremder beweglicher Sachen ist daher rechtswidrig, wenn dadurch ein Eingriff in die Eigentumsordnung erfolgt, der gesetzlich nicht besonders zugelassen ist[2]. Nun ist nirgends im Gesetz ein Anhaltspunkt dafür vorhanden, daß die Zueignung vertretbarer fremder Sachen dann erlaubt sei, wenn der Berechtigte durch Ersatzleistung keinen Nachteil erleidet[3]. Die Rechtswidrigkeit kann daher nur ausgeschlossen sein, wenn infolge der Ersatzabsicht ein im Gesetz oder auf Grund Gewohnheitsrechtes bereits bestehender Rechtfertigungsgrund vorliegt. In Frage kommen bei dem problematischen Tatbestand nur die Einwilligung oder die mutmaßliche Einwilligungdes Verletzten.

Die Einwilligung des Eigentümers in die Aneignung seines Eigentums wirkt bei der Unterschlagung rechtfertigend, da jeder über sein Vermögen frei verfügen kann[4]. Voraussetzung für die Einwilligung ist jedoch, daß der Einwilligende die volle Tragweite seiner Handlung überblicken kann. Geschäftsfähigkeit ist dazu allerdings nicht erforderlich, da die Einwilligung kein Rechtsgeschäft ist und das Strafrecht keine so formellen Schranken wie das zivile Recht

---

1) Vgl. Art. 14 GG. §§ 242, 246, 249 StGB usw.
2) Vgl. RGSt 44/42.
3) RGSt 21/366, 60/311.
4) RGSt 44/41.

ziehen kann[1].

Die Gegenstimmen, die bei Vermögensdelikten Geschäftsfähigkeit verlangen, verwechseln die bürgerlich-rechtlich wirksame Verfügung mit der Neutralisierung der Rechtsverletzung[2]. Die Einwilligung muß im Zeitpunkt der Tat vorliegen. Die nachträgliche Genehmigung beseitigt die Rechtswidrigkeit nicht[3].

Nun ist es durchaus möglich, daß der Eigentümer sich auf Grund der Ersatzabsicht mit der Aneignung einverstanden erklärt. Generell kann ihm aber ein derartiger Wille nicht unterstellt werden, sodaß bei vorliegender Ersatzabsicht zwar öfters die Einwilligung erteilt sein kann, grundsätzlich aber für den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung nichts anderes als bei der Aneignung ohne Ersatzabsicht gilt[4].

Problematischer ist die mutmaßliche Einwilligung[5]. Nach einem Teil der Lehre[6] kann man von einem Rechtfertigungs-

---

1) Vgl. BGH 4/88, Schönke-Schröder III 6 b vor § 51 StGB, Mezger, Strafrecht I § 38;
a.A. Schwarz, Komm. z. StGB A 2 B a vor § 51 und Welzel, Lehrbuch des Strafrechts S. 56.

2) Vgl. Leipz. Komm. vor § 51 III 10 c.

3) Vgl. RGSt 61/394, BGH 7/295.

4) Ebenso Geller, Die Unterschlagung an vertretbaren Sachen nach§246 des Reichsstrafgesetzbuches S. 76 ff.

5) Von der Großen Strafrechtskommission zur Reformierung des Strafrechts wurde zu diesem Problem keine gesetzliche Fixierung ausgearbeitet, um den noch anhaltenden theoretischen Streit über die Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung ausreifen zu lassen. Vgl. Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 2. Band, Anhang S. 93.

6) Vgl. Welzel, a.a.O. S. 81, Schwarz vor § 51 StGB A 2 B b, Schönke-Schröder Vorb. III 7 vor § 51 StGB, Baumann, Strafrecht, Allgemeiner Teil § 21 II 5.

grund der mutmaßlichen Einwilligung nur dann sprechen, wenn der Täter im Interesse und nach dem mutmaßlichen Willen des Verletzten handelt und die Einwilligung selbst nicht eingeholt werden kann[1]. Dabei muß die Einwilligung nach objektivem Urteil bei Kenntnis aller Tatumstände zu erwarten gewesen sein.

Würde man sich dieser Auffassung anschließen, würde die mutmaßliche Einwilligung bei Aneignung mit Ersatzabsicht als Rechtfertigungsgrund generell ausscheiden; denn eine Zueignung, d.h. ein Überführen der Sache in das eigene wirtschaftliche Vermögen, ist nur nötig, wenn der Täter in eigenem Interesse handelt, wie es bei der Aneignung mit Ersatzabsicht der Fall ist. Handelt er nämlich im Interesse des Verletzten, wie z.B. bei einem Notverkauf verderbender Ware des abwesenden Eigentümers, will er nicht s e i n , sondern des Verletzten Vermögen vermehren, sodaß eine Zueignung nicht vorliegt.

Richtiger erscheint es, zwischen der Geschäftsführung ohne Auftrag im Interesse des Verletzten und der mutmaßlichen Einwilligung zu unterscheiden. Maurach[2] führt dazu zutreffend aus, daß das Handeln im Interesse des Verletzten einerseits und das Handeln auf Grund vermuteter Einwilligung andererseits seine Entstehung durchaus selbständigen Gedanken verdanke. Denn während bei der vermuteten Einwil-

---

1) In dem Kommentar von Schönke-Schröder findet sich allerdings ein Widerspruch; denn er schreibt unter VI zu § 246 StGB: "Nicht rechtswidrig sind auch die Fälle, in denen bei verständiger Würdigung der gesamten Umstände vom Einverständnis des Eigentümers mit der Zueignung ausgegangen werden kann (mutmaßliche Einwilligung),z.B. wenn sich jemand vorübergehend eine vertretbare Sache zueignet und sie alsbald ersetzt."

2) Allgemeiner Teil § 28 II.

ligung eine Interessenpreisgabe vorliege, die Norm wegen bloßen Rechtsschutzverzichts zurückweiche, handle es sich bei dem Tätigwerden im Interesse des Verletzten um eine echte Güterkollision mit der Besonderheit, daß der tatbestandsmäßig "Verletzte" Träger der beiden kollidierenden Güter ist und daß nicht er, sondern der Täter die Kollision so zu lösen sucht, wie es der Verletzte vermutlich selber getan hätte, wenn er in der Lage gewesen wäre, eine Entscheidung selbst zu treffen[1]. Insofern muß der Täter auch bei der Geschäftsführung ohne Auftrag den mutmaßlichen Willen des Verletzten berücksichtigen.
Aber auch bei der mutmaßlichen Einwilligung ist auf das Interesse des Verletzten abzustellen, wobei aber im Gegensatz zu der oben dargestellten Meinung das Interesse des Verletzten nicht das Motiv der Tat sein muß, sondern schon eine Wahrung der Interessen des Verletzten genügt. Dabei darf es sich nicht um eine "Mutmaßung" im Sinne einer subjektiven Annahme der Einwilligung durch den Täter handeln, sondern es muß eine objektive "Mutmaßung" vorliegen, die nur dann angenommen werden kann, wenn bei Kenntnis aller Tatumstände das Interesse des Berechtigten nicht verletzt ist. Diese objektive Feststellung, daß der Verletzte eingewilligt hätte, wenn er die wirkliche Sachlage gekannt hätte, wirkt dann als voller Ersatz der wirklichen Einwilligung rechtfertigend[2].

---

1) Mezger, Strafrecht I, § 37 II unterscheidet zwischen Unrechtsausschluß wegen mangelnden Unrechts (Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung) und wegen überwiegenden Rechts wie z.B. bei der Geschäftsführung ohne Auftrag.

2) Vgl. Mezger, Strafrecht I, § 39.

Die Auffassung Mezgers[1], daß im Einzelfall der Gesichtspunkt der sogenannten mutmaßlichen Einwilligung sogar dazu führen kann, der ausdrücklichen Erklärung des Interessenträgers geradezu entgegenzuhandeln, muß allerdings abgelehnt werden. Man kann eine Einwilligung nur vermuten, wenn der Berechtigte sich nicht erklären kann, nie dagegen, wenn er gerade das Gegenteil als seinen Willen kundgetan hat.
Einige Beispiele mögen die Notwendigkeit der mutmaßlichen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund veranschaulichen: Maurach[2] führt den Fall an, daß ein Handlungsreisender zur Deckung der ihm zustehenden Reisespesen Gelder verbraucht, die er als offener Stellvertreter seines Geschäftsherrn kassiert hat, sodaß dieser Eigentum erwarb.

Noch überzeugender aber sind Fälle, in denen geringwertige Gegenstände weggenommen werden. Zum Beispiel nimmt in einem Studentenheim ein Student, der gerade Besuch bekommt, in der Küche drei Eier eines abwesenden Mitbewohners in der Überzeugung, dieser werde damit einverstanden sein.
Da der Mitbewohner nichts davon wissen kann, kann er nicht einwilligen. Die nachträgliche Genehmigung wirkt jedoch nicht rechtfertigend. Die Wegnahme der Eier erfolgt auch nicht im Interesse des Mitbewohners, sodaß man die Rechtswidrigkeit der Tat nicht ausschließen kann, wenn man der herrschenden Meinung über die mutmaßliche Einwilligung folgt. Die Lösung dieses Problems geschieht dann in der Regel so, daß die Strafbarkeit wegen mangelnder Schuld ent-

---

1) Strafrecht I, § 39 und Lehrbuch § 29.
2) I § 28 II.

fällt, indem man annimmt, daß der Täter sich in entschuldbarem Verbotsirrtum befand, da ihm das Bewußtsein, rechtswidrig zu handeln, fehlte. Dies kann in den meisten Fällen zu brauchbaren Ergebnissen führen, nicht jedoch, wenn der Täter ein Jurist oder ein Jurastudent ist, der in der Vorlesung gerade die Lehre von den Rechtfertigungsgründen hörte. Denn dann ist ein Berufen auf Verbotsirrtum unmöglich. Der Jurastudent müßte also, will er sich nicht strafbar machen, mit knurrendem Magen die Eier anschauen.

Aus diesem Beispiel ergibt sich die Berechtigung der hier vertretenen Anschauung[1].

Wenn zum Teil die Meinung vertreten wird, daß die Lehre von der mutmaßlichen Einwilligung nicht akzeptiert werden kann, da sich im Gesetz keine Anhaltspunkte für die rechtfertigende Wirkung finden lassen[2], so läßt sich als Gegenargument am besten Mezger[3] zitieren: "Der Nachweis der sogenannten mutmaßlichen Einwilligung ergibt sich ebenso wie derjenige für die wirkliche Einwilligung, die im geltenden Recht gleichfalls übergesetzlicher Natur ist, selbstverständlich aus dem immanenten Endzweck des Rechts. Aber mit jenem inneren Endzweck des Rechts, mit jenem Streben nach dem kompossiblen Maximum der Interessenbefriedigung ist nur die Richtlinie gegeben, wie sie für allen Unrechtsausschluß maßgebend ist. Das Erfordernis einer genaueren Ver-

---

1) Ebenso Maurach, Allg. Teil § 28 II, H. Mayer, Strafrecht, Allg. Teil, S. 168, Leipz. Komm. Bem. III 10 f vor § 51, v. Morenhoffen, Die mutmaßliche Einwilligung, S. 29 ff., Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, S. 89 ff.

2) Vgl. Arndt DJ 37/583.

3) Lehrbuch § 29.

typisierung der Unrechtsausschließungsgründe im geltenden Recht fordert darüber hinaus den genauen Nachweis, warum sich hier jene allgemeine Richtlinie juristisch in der sogenannten mutmaßlichen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund verkörpert. Dieser Nachweis ist zu entnehmen dem unbeweisbaren und im Rechtsbewußtsein der Gegenwart anerkannten Bedürfnis einer Weiterführung des nach geltendem Recht anerkannten Einwilligungsgedankens. Wie der Einwilligungsgedanke selbst, so ist auch diese Weiterführung nicht gesetzlich ausdrücklich festgelegt."[1)]

Zu prüfen ist allerdings noch, ob die hier vertretene Auffassung über die Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund nicht eine Gefahr für die Interessen des Berechtigten darstellt. Dazu muß zuerst festgestellt werden, daß die mutmaßliche Einwilligung, wenn sie von der Geschäftsführung ohne Auftrag unterschieden wird, in erster Linie bei den Vermögensdelikten aktuell ist; denn von allen verzichtbaren Rechtsgütern kann grundsätzlich nur beim Vermögen ein Verzicht, der nicht vor allem im eigenen Interesse erfolgt, vermutet werden. Dagegen kann zum Beispiel bei einem Eingriff in die körperliche Integrität, der nicht im Interesse des Verletzten geschieht, nur in seltenen Fällen das Einverständnis vermutet werden.

Ein weitgehender Schutz des Berechtigten ist auch dadurch gewährleistet, daß eine objektive Wertung aller Umstände bei der Mutmaßung vorgenommen werden muß, also daß zum Beispiel ein sehr großzügiger Mensch nicht einfach Sachen wegnehmen kann, mit deren Wegnahme, wären sie sein Eigentum,

---

1) Ansätze zur Anerkennung der mutmaßlichen Einwilligung im hier dargestellten Sinn finden sich auch in RGSt 25/375, 61/242, 68/433.

er ohne weiteres einverstanden wäre. Es müssen vielmehr alle Eigenarten und Interessen des Verletzten berücksichtigt werden und, ist dieser ein kleinlicher und geiziger Mensch, so kann man eben nicht einmal bei einem Ei seine Einwilligung vermuten.

Eine weitere Einengung des Anwendungsbereichs der mutmaßlichen Einwilligung ergibt sich daraus, daß man in der Regel nur bei geringwertigen Sachen die Einwilligung des Verletzten vermuten kann, während man bei wertvolleren Sachen sich über das Einverständnis vergewissern muß. Es ist nicht überzeugend, wenn Noll[1] folgende Handlungsweise für rechtswidrig hält: A geht zu seinem Freund B auf Besuch und, da jener gerade abwesend ist, wartet er in dessen Garten auf seine Rückkehr, wobei er sich einige Früchte abbricht und eine Zigarre raucht.

Die Überlegung, die ihn gegen den Ausschluß der Rechtswidrigkeit sein läßt, ist, daß seiner Ansicht nach der Verletzte selbst bei Eingriffen, die objektiv gegen sein Interesse verstoßen, der fremden Vermutung über sein Wollen wehrlos ausgeliefert, an einen von anderen vermuteten Willen gebunden ist, als hätte er selber diesen Willen tatsächlich geäußert. Er fährt fort: "Dieser Einbruch in die Freiheit des Einzelnen steht wohl nicht im Einklang mit der gesetzlichen Wertung und es scheint mir die Annahme des Schuldausschlusses richtiger als die Annahme des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit, obwohl sich damit strafrechtlich im Ergebnis unmittelbar nichts ändert." Schon

---

1) Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, S. 138.

diese Einsicht spricht gegen die Auffassung Nolls. Aber auch der Gedanke, daß der Verletzte an den ihm unterschobenen Willen auch dann gebunden ist, wenn dies gar nicht sein wirklicher Wille ist, ist unrichtig. Die Anerkennung der mutmaßlichen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund bewirkt doch nur, daß der Täter nicht strafrechtlich verfolgt werden kann. Ein zivilrechtlicher Rückgabeanspruch ist dagegen nicht ausgeschlossen, wenn der Verletzte, trotz der oben gebrachten Einschränkungen, dennoch nicht mit der Tat einverstanden ist. Ein derartiger Anspruch wird sich über §§ 812 ff. BGB begründen lassen. Praktisch ist die Gefahr, daß der Verletzte auf zivilrechtliche Herausgabe- oder Schadensersatzansprüche zu verweisen ist, aber sehr gering; denn von ganz geringwertigen Gegenständen abgesehen, wird man eine Einwilligung nur vermuten können, wenn es sich um vertretbare Sachen handelt und man ersatzfähig und ersatzbereit ist.

Damit sind wir bei dem vorliegenden Problem. Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß die Aneignung vertretbarer Sachen mit Ersatzabsicht dann nicht rechtswidrig und damit nicht strafbar ist, wenn nach objektiver Wertung aller Umstände die Einwilligung des Verletzten vermutet werden kann. Bei den im ersten Kapitel aufgeführten Beispielen kann man z.B. bei der Aneignung des Kastens Bier die Einwilligung des Eigentümers vermuten, es sei denn, der Eigentümer sei besonders kleinlich. Liegen aber dafür keine Anhaltspunkte vor und stellt sich hinterher heraus, daß der Eigentümer doch nicht einverstanden war, ist dies unbeachtlich. Der Täter ist wegen fehlender Rechtswidrigkeit

straffrei. Ein Vorteil dieser objektiven Wertung ist auch, daß die Rechtswidrigkeit der Tat weder von dem nachträglich geäußerten Willen des Verletzten, noch dem des Täters abhängt.

Bei dem ausgeliehenen Buch und bei dem verwahrten Geld wird man dagegen in der Regel nicht mit einer Einwilligung rechnen können, auch wenn der Täter mit Ersatzabsicht handelt.

Bei einem Buch muß man immer mit einem immateriellen Wert rechnen. bei größeren Geldbeträgen dagegen, daß der Eigentümer einer Gefährdung seines Eigentums ausgesetzt ist, in die er nicht einwilligt.
Die im 2. Kapitel dargestellte Auffassung Ziethens, der bei Aneignung mit Ersatzabsicht die Rechtswidrigkeit nicht ausschließt, wenn

a) den vertretbaren Sachen ausdrücklich ihre Vertretbarkeit entzogen war, oder
b) dies zwar nicht der Fall ist, der Aneignende aber auch nach Lage aller Umstände nicht die Überzeugung gewinnen konnte oder gewinnen durfte, daß der Eigentümer seine Einwilligung dazu geben würde,

ist nach dem oben Ausgeführten als zu weitgehend abzulehnen, da sie den Eigentümer einer ständigen Gefährdung seines Eigentums aussetzt.
Es kann daher festgehalten werden, dass die Aneignung vertretbarer Sachen mit Ersatzabsicht dann nicht rechtswidrig ist, wenn nach objektiver Wertung aller Umstände die Einwilligung des Verletzten vermutet werden kann. Das ist in der Regel nur bei geringwertigen Gegenständen und bei

Ersatzabsicht und Ersatzfähigkeit des Täters der Fall[1].

5. Kapitel

Die Schuld bei Aneignung fremder Sachen mit Ersatzabsicht.

Neben der Tatbestandsmäßigkeit und der Rechtswidrigkeit ist zur Strafbarkeit einer Handlung als drittes die Schuld des Täters, d.h. die persönliche Verwerfbarkeit erforderlich. Wohl kein Gebiet des Strafrechts ist so umstritten.

Nach der kausalen Handlungslehre, die hier vertreten wird[2], ist der Täter schuldig, wenn er schuldfähig ist[3], vorsätzlich oder fahrlässig handelt[4] und ihm keine Schuldausschließungsgründe zur Seite stehen. Im Gegensatz zum Reichsgericht[5], das das Unrechtsbewußtsein grundsätzlich für unbeachtlich hielt, gehört nach heute einhelliger Meinung auch die Möglichkeit des Unrechtsbewußtseins, d.h. das Erkennenkönnen, daß die Tat gemeinschaftswidrig ist, zur Schuld. Umstritten ist allerdings, ob das Unrechtsbewußtsein als Teil des Vorsatzes (Vorsatztheorien) oder als selbständi-

---

1) Vgl. Schönke-Schröder § 246 VI StGB. Es erscheint mir auch richtiger, die Straflosigkeit der Aneignung völlig wertloser Sachen, die weder Verkehrs- noch Affektionswert haben, wegen der rechtfertigenden Wirkung der mutmaßlichen Einwilligung nicht zu bestrafen und nicht, wie der Leipz. Komm. Vorb. II 3 zu § 242 StGB annimmt, wegen mangelnder Eigentumsfähigkeit. Es ist nicht einzusehen, warum an einer Feldblume oder einer Topfscherbe kein Eigentum bestehen soll.

2) § 59 StGB spricht dafür.

3) Ob die Schuldfähigkeit Voraussetzung oder Bestandteil der Schuld ist, ist ebenfalls umstritten, spielt für das vorliegende Problem aber keine Rolle. Vgl. dazu Leipz. Komm. § 51 I StGB.

4) Nach der finalen Handlungslehre gehört der Vosatz zum subjektiven Tatbestand.

5) RGSt 2/249, 20/394, 62/297.

ges Schuldelement (Schuldtheorien) zu gelten hat. Dieser Theorienstreit ist für die Behandlung des Irrtums über die Rechtswidrigkeit einer Handlung entscheidend.

So kann nach der sogenannten "strengen Vorsatztheorie"[1] der Täter, dem das Unrechtsbewußtsein fehlt, wegen mangelnden Vorsatzes nach § 59 I StGB nicht bestraft werden.

Die "eingeschränkte Vorsatztheorie"[2] verlangt dagegen als Bestandteil des Vorsatzes nur ein potentielles Unrechtsbewußtsein, ohne daß es tatsächlich vorliegen muß. Fehlt das Unrechtsbewußtsein nämlich auf Grund von "Rechtsfeindschaft" des Täters, ist nach dieser Lehre Vorsatz und damit die Strafbarkeit der Tat dennoch zu bejahen.

Beide Theorien sind abzulehnen. Die erste wegen praktisch unhaltbaren Ergebnissen; denn es wäre der, der sich keine Gedanken über seine Handlungsweise macht, grundsätzlich straffrei. Die sogenannte "eingeschränkte Vorsatztheorie" dagegen ist inkonsequent. Man kann nicht das Unrechtsbewußtsein als Bestandteil des Vorsatzes fordern und dennoch beim Fehlen Vorsatz annehmen. Außerdem ist das Merkmal der "Rechtsfeindschaft" nicht logisch abgrenzbar. Es ist daher der Schuldtheorie, die das Untrechtsbewußtsein vom Vorsatz löst und als weiteres selbständiges Merkmal der Schuld annimmt, zuzustimmen. Aber auch diese Theorie hat zwei Ausgestaltungen gefunden.

Nach der sogenannten strengen Schuldtheorie[3] befindet

---

1) Vgl. Schönke-Schröder § 59 V StGB, Schröder MDR 1950/646 ff. und 1951/387.

2) Mezger, Strafrecht I § 69 und NJW 1951 S. 500.

3) Vgl. Maurach I S. 406.

sich der Täter, dem das Unrechtsbewußtsein fehlt, im Verbotsirrtum. Dieser läßt den Vorsatz unberührt, kann aber die Schuld beseitigen, wenn er nach Lage des Falles und den Verhältnissen des Täters unvermeidbar war. War er dagegen vermeidbar, bleibt die Haftung des Täters wegen vorsätzlichen Tuns bestehen und die Strafe kann nur wegen verminderter Schuld nach den Grundsätzen der §§ 44, 51/II StGB herabgesetzt werden. Bei dieser Theorie ist es gleichgültig, ob der Irrtum über die Rechtswidrigkeit auf falscher rechtlicher Wertung oder auf der Annahme unrichtiger Tatsachen beruht.

Die sogenannte "eingeschränkte Schuldtheorie" differenziert zwischen beiden Möglichkeiten. Sie wendet die Grundsätze der "strengen Schuldtheorie" an, wenn der Irrtum auf der Unkenntnis des Bestehens einer allgemeinen Verbotsnorm beruht oder wenn der Täter die Norm zwar kennt, sich aber im konkreten Fall über Art und Umfang eines Rechtfertigungsgrundes irrt.

Nimmt der Täter dagegen das Zurücktreten der Norm an, weil er einen in Wirklichkeit nicht vorhandenen rechtfertigenden Sachverhalt für gegeben hält, also tatsächliche Umstände, die im Falle ihres Vorliegens die Rechtswidrigkeit ausschließen würden, so wird dieser Irrtum nach der "eingeschränkten Vorsatztheorie" wie ein Tatbestandsirrtum nach § 59 StGB behandelt. Der BGH, der in ständiger Rechtsprechung diese Theorie vertritt[1] begründet diese Unterscheidung zutreffend[2]: "Der im Irrtum über den wahren

---

1) BGHSt 2/211, 3/12, 3/194.
2) BGHSt 3/107.

Sachverhalt handelnde Täter ist an sich rechtstreu; er will die Rechtsgebote befolgen und verfehlt dieses Ziel nur wegen seines Irrtums über die Sachlage, aus der sein Handeln erwächst. Dieser Irrtum hindert ihn in der Regel, die Gefahr eines Rechtsverstoßes überhaupt zu erkennen. Deshalb trifft auf ihn der Gedanke des § 59 StGB zu, ihm nicht die wirkliche, sondern zu seinen Gunsten nur die irrig angenommene Sachlage zuzurechnen. Auch der in Verbotsirrtum Handelnde verfehlt zwar bei seinem Tun das Richtige, aber durch einen Erkenntnisfehler auf dem Gebiete des rechtlichen Sollens. Die Erkennbarkeit eines Rechtsverstoßes liegt hier im allgemeinen näher als beim Irrtum über Tatsachen. Der im Irrtum über den Sachverhalt Handelnde wird daher in der Regel den geringeren Schuldvorwurf verdienen, weil ein solcher Irrtum regelmäßig stärker und unmittelbarer ist und einen stärkeren Anreiz zum Handeln bildet."
Im folgenden soll der eingeschränkten Schuldtheorie gefolgt werden[1]. Der Vorsatz des Täters liegt daher schon vor, wenn er sich aller Merkmale des äußeren objektiven Tatbestands der strafbaren Handlung bewußt ist und sie auch will."[2]

Bei der Unterschlagung handelt der Täter demnach vorsätzlich, wenn er sich wissentlich und willentlich eine fremde Sache zueignet. Durch die Ersatzabsicht bei Aneignung fremder Sachen wird nun weder die Schuldfähigkeit noch der Vorsatz im Sinne der Schuldtheorie berührt, noch irgenein Schuldausschließungsgrund begründet. Der Täter ist daher

---

1) Vgl. auch Engisch in ZStW, Band 7o/566 ff.
2) RGSt 58/249, 7o/258

schuldig und kann wegen Unterschlagung bestraft werden, wenn er sich auch des Unrechts seiner Handlungsweise bewußt ist. Der Fall des Putativdelikts, das denkbar ist, wenn der Täter auf Grund der Ersatzabsicht die mutmaßliche Einwilligung des Verletzten annimmt, ihr aber keine rechtfertigende Wirkung beimißt, wird theoretisch kaum vorkommen.

Problematisch ist daher nur der Fall, daß dem Täter, der mit Ersatzabsicht handelt, das Unrechtsbewußtsein fehlt. Theoretisch sind drei Irrtumsgründe möglich:

a) Der Täter hält bei bestehender Ersatzabsicht die Aneignung fremder vertretbarer Sachen für erlaubt. Dieser Irrtum über die Verbotsnorm wird grundsätzlich nicht als unvermeidbar zu bezeichnen sein. Er schließt daher die Schuld nicht aus. Eine Bestrafung nach § 246 StGB ist möglich.

b) Der Täter irrt sich über den Umfang des Rechtfertigungsgrundes der mutmaßlichen Einwilligung. Zum Beispiel nimmt ein Angestellter an, daß sein Arbeitgeber mit der Aneignung von 300.- DM, die er in sechs Tagen zurückzahlen will, einverstanden sei, während man bei der erforderlichen objektiven Wertung zu dem Ergebnis kommen muß, daß man eine Einwilligung nicht vermuten kann. Auch dies ist ein Fall des Verbotsirrtums. Es wird vom Einzelfall abhängen, ob er vermeidbar oder unvermeidbar und damit entschuldbar war[1]. Die Ersatzabsicht und die Ersatzfähigkeit kann dabei nur als Indiz für die Überzeugung des Täters, daß der Verletzte ein-

---

1) Vgl. BGH NJW 1952/1023, 1953/112.

willigen werde, gelten.

c) Als dritte Möglichkeit ist der Fall denkbar, daß der Täter einen falschen Sachverhalt annahm, auf Grund dessen er die Einwilligung des Verletzten vermutete. Zum Beispiel: Ein Student in einem Wohnheim glaubt, sein Mitbewohner sei am Abend zum Essen eingeladen, sodaß er nichts zu essen brauche. Er ißt daher dessen Eier. In Wirklichkeit ist der Mitbewohner erst am nächsten Tag eingeladen.

Könnte man, wenn der Mitbewohner eingeladen gewesen wäre, eine mutmaßliche Einwilligung annehmen, so würde die irrtümliche Annahme von Umständen vorliegen, die, lägen sie vor, rechtfertigend wirken würden. Nach der eingeschränkten Schuldtheorie handelt es sich um einen analog § 59 StGB zu behandelnden Irrtum, der den Vorsatz ausschließt. Der Täter ist nicht zu bestrafen.

6. Kapitel

Untersuchung über die Bonität des geltenden Unterschlagungstatbestandes im Hinblick auf die Aneignung mit Ersatzabsicht.

Nach der Feststellung, daß die Ersatzabsicht an sich die Strafbarkeit einer Aneignung fremder Sachen nicht ausschließt, ist zu untersuchen, ob dies zu unbilligen Ergebnissen führen kann. Zur Erläuterung sei als Beispiel angenommen, daß A für einen Bekannten B 1000.- DM für vier Wochen in seinem Tresor verwahren soll und A die 1000.- DM einem Geschäftsfreund für 14 Tage als Darlehen gibt. Pünktlich nach vier Wochen erhält der Freund B das Geld zurück.

Da eine Darlehenshingabe immer ein gewisses Risiko in sich birgt, kann bei einem Betrag von 1000.- DM der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung nicht angenommen werden. Es ist auch möglich, daß A schuldhaft handelte, weil er entweder wußte, daß sein Freund gegen ein derartiges Manöver wäre oder, weil er sich in vermeidbarem Verbotsirrtum befand. Ist die Handlung aber rechtswidrig und schuldhaft, kann A wegen Unterschlagung bestraft werden, obwohl er keinen Schaden zugefügt hat und auch keinen zufügen wollte. Dieses Ergebnis erscheint auf den ersten Blick unbillig. Da aber jede Aneignung eine erhebliche Gefährdung der Interessen des Verletzten darstellt, ist ein wirksamer Eigentumsschutz nur gewährleistet, wenn grundsätzlich die Aneignung fremder Sachen auch bei Ersatzabsicht strafbar ist und außer den Fällen der mutmaßlichen Einwilligung und des Entfallens der Schuld infolge Irrtums die Strafverfolgung möglich ist. Auch wenn B keinen Schaden erleidet, darf A sich eben das Geld des B nicht ohne dessen Einwilligung aneignen.
Die Tatsache, daß kein Schaden eingetreten ist, kann nur strafmildernd berücksichtigt werden. Unter Umständen kann nach § 153 Abs. II StPO überhaupt von Strafe abgesehen werden.

7. Kapitel

Die Problematik bei der Amtsunterschlagung.

Zum Schluß soll noch kurz das Problem der Aneignung fremder Sachen mit Ersatzabsicht bei der Amtsunterschlagung (§ 350 StGB) untersucht werden. Die Amtsunterschlagung un-

terscheidet sich von der einfachen Unterschlagung durch eine Qualifizierung des Subjekts und des Objekts, d.h. es muß sich um einen Beamten und um amtlich empfangene oder verwahrte Sachen handeln. Beide Merkmale bedeuten für die Aneignung mit Ersatzabsicht keine Besonderheit. Aber ein drittes ist bei der Amtsunterschlagung noch zu beachten. Von den unterschlagbaren Sachen sind die Gelder hervorgehoben. Es besteht Einigkeit, daß dies ein Hinweis sein soll, daß amtlich empfangene oder verwahrte Sachen nicht fungibel sind, d.h. daß sie nicht durch andere ersetzt werden dürfen[1]. Daraus ergibt sich als Konsequenz für unser Problem folgendes:

1. Der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung scheidet aus; denn der Staat ist, um eine ordnungsgemäße Amtsführung zu garantieren, in jedem Augenblick an der Vollständigkeit seines Vermögens interessiert, sodaß die Ersatzbereitschaft, die Ersatzfähigkeit und auch die liquide Aufrechnungsmöglichkeit unbeachtlich ist[2].
2. Auch die Einwilligung des Vorgesetzten wirkt nicht rechtfertigend, da die Befugnis zur Aneignung amtlicher Sachen nur im Wege der geltenden Amtsvorschriften erfolgen kann[3].
3. Ein Entfallen der Schuld ist in den seltensten Fällen möglich. Der Beamte wird in der Regel darauf hingewiesen, daß amtliche Sachen nicht fungibel sind, sodaß er sich nicht auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum

---

1) Vgl. Maurach II S. 671, Binding, a.a.O. S. 279.
2) Maurach II S. 634, RG DR 39/994.
3) Vgl. RG HRR 37/533.

berufen kann[1].

Eine einzige Ausnahme gilt für das Wechseln von Geld. Es ging zu weit, wenn das RG[2] früher annahm, daß bei bloßem Umwechseln von Geld Unterschlagung vorliege. Der Sinn der Vorschrift, daß amtliche Gelder nicht fungibel sind, ist doch nur, daß der Bestand der öffentlichen Kassen ständig gewahrt ist. Dieses Ziel wird durch das bloße Umwechseln nicht verletzt. Man kann daher annehmen, daß das Wechseln von Geld erlaubt ist, wenn es nicht besonders verboten ist und wenn eine Benachteiligung der Kasse ausscheidet[3]. Auch dieses Ergebnis erscheint mir nicht unbillig. Es ist nicht einzusehen, warum Beamte die Möglichkeit haben sollen, den Staat ohne dessen Einverständnis als kreditinstitut zu verwenden. In besonders harmlosen Fällen, in denen kein Schaden entstanden ist, kann, da auch die Amtsunterschlagung ein Vergehen ist, ebenfalls wie bei der einfachen Unterschlagung nach § 153 Abs. II StPO von Strafe abgesehen werden.

---

1) BGHSt 2/169, 9/348.

2) RGSt 4/24, 5/304.

3) Vgl. Leipz. Komm. § 350 StGB.
Binding, a.a.O. I S. 280.
RGSt 26/437.

S c h l u ß :

Zusammenfassung der Hauptergebnisse.

A. Die Unterschlagung eigener Sachen.

1. Infolge Abhängigkeit der fremden Sache von den Vorschriften des zivilen Rechts, hängt es manchmal von Zufällen ab, ob eine Sache für den Gewahrsamsinhaber fremd ist oder nicht.
2. Es sind daher Fälle möglich, in denen der Gewahrsamsinhaber juristisch Eigentümer einer Sache ist, die wirtschaftlich zum Vermögen eines anderen gehört, sodaß eine Verfügung über diese Sache gegen dessen Willen strafwürdig erscheint.
3. Eine Lösung dieses Problems ist im Rahmen der Unterschlagung nicht möglich, wenn man die Unterschlagung als Eigentumsdelikt nicht aufgeben will.
4. Zur Ausfüllung dieser Lücke kann nur der Untreuetatbestand berufen sein.
5. Der geltende Untreuetatbestand wird nicht allen problematischen Fällen gerecht.
6. Noch weniger meistert der Entwurf eines Untreuetatbestands von 1960 das Problem.
7. Von allen vorgeschlagenen Lösungsversuchen erscheint am brauchbarsten der Entwurf von 1927.
8. Es wird daher vorgeschlagen, dem Untreuetatbestand folgenden Absatz beizufügen:
   Ebenso wird bestraft, wer abgesehen von den Fällen der Unterschlagung, Geld oder anderes Gut, das ihm anvertraut ist oder das er für einen anderen empfangen hat, wissentlich und gegen den Willen des Berech-

tigten zu dessen Nachteil für sich oder einen Dritten verwendet.

B. Die Aneignung fremder, im Gewahrsam befindlicher Sachen mit Ersatzabsicht.

1. Durch die Ersatzabsicht wird weder die Tatbestandsmäßigkeit, noch die Rechtswidrigkeit der Handlung ausgeschlossen.
2. Unter gewissen Voraussetzungen kann die begründete Annahme, daß der Eigentümer mit der Aneignung einverstanden sei, rechtfertigend wirken.
3. Die Strafbarkeit nach § 246 StGB kann auch analog § 59 StGB entfallen, wenn der Täter irrtümlich Tatsachen annahm, die im Falle ihres Vorliegens rechtfertigend wirken würden.
4. Außerdem kann die Strafbarkeit durch einen unvermeidbaren Verbotsirrtum des Täters ausgeschlossen sein.
5. Im übrigen ist die Strafbarkeit der Unterschlagung mit Ersatzabsicht geboten, um den nötigen Eigentumsschutz zu gewährleisten.
6. Für die Amtsunterschlagung gilt nichts Besonderes. Nur ist die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung oder eines unvermeidbaren Verbotsirrtums infolge der Infungibilität der amtlichen Sachen weitaus eingeschränkter.

L e b e n s l a u f

Am 15. Juni 1935 wurde ich als zweites von zwei Kindern des Oberstudienrats Josef Lamprecht und seiner Ehefrau Johanna, geb. Nürnberger, in Marktredwitz geboren.
Ich trat am 2. September 1942 in die Volksschule ein. Der Übertritt in die Oberrealschule Marktredwitz erfolgte am 2. September 1946. Nach Ablegung des Abiturs im Sommer 1954 arbeitete ich sieben Monate in einer Anwaltskanzlei.

Im Sommersemester 1955 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität München, an der ich mit Ausnahme des 5. Semesters, das ich in Göttingen verbrachte, ständig immatrikuliert war. Nach dem achten Semester bestand ich am 29. Juli 1959 das erste juristische Staatsexamen mit der Note "gut".
Seit 1. September 1959 bin ich im bayerischen Vorbereitungsdienst für Rechtsreferendare.